Université de Lomé
FACULTÉ DE DROIT

UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO

# THÈSE

EN VUE DE L'OBTENTION DU

## DOCTORAT EN DROIT

PRÉPARÉE EN COTUTELLE ENTRE L'UNIVERSITÉ DE LOMÉ (UL)
ET L'UNIVERSITÉ DE GRENADE (UGR)

CENTRE DE DROIT PUBLIC
PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

# LE RÉGIONALISME AFRICAIN EN DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

PRÉSENTÉE PAR :
**M. Mawuto TOSSA**

JURY :

**DIRECTEURS DE RECHERCHE**

**M. Palouki MASSINA**
*Maître de Conférences à l'UL*
*Ancien Vice-Doyen de la Faculté de Droit*
*Ancien Secrétaire général du gouvernement togolais*
*Juge à la Cour constitutionnelle*

**M. Javier ROLDÁN BARBERO**
*Professeur des Universités*
*Directeur du Département de Droit International Public et Relations Internationales de l'UGR*

**SUFFRAGANTS**

**M. Koffi AHADZI-NONOU (Président)**
*Professeur émérite*
*Président Honoraire de l'Université de Lomé (Togo)*
*Ancien Juge à la Cour Constitutionnelle*
*Avocat à la Cour*

**M. Djobo Babakane COULIBALEY (Rapporteur)**
*Professeur des Universités*
*Doyen Honoraire de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de l'Université de Kara (Togo)*
*Juge à la Cour Constitutionnelle*

**M. Sébastien MANCIAUX (Rapporteur)**
*Maître de Conférences HDR à l'Université de Bourgogne (France)*
*Membre du Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux (CREDIMI)*

**Mme Leonor MORAL SORIANO (Secrétaire)**
*Maître de Conférences à l'UGR (Espagne)*
*Vice-Doyenne chargée des relations internationales de la Faculté de Droit*

2023-2024

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Mawuto Tossa
ISBN: 978-84-1195-345-0
URI: https://hdl.handle.net/10481/92578

*L'Université de Lomé et l'Université de Grenade n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce document, ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*

## ***Dédicaces***

*À ma mère, AHOULOUMA Bidamawè Alphonsine,*

*Femme vertueuse, dont les multiples et indicibles sacrifices ont servi à mon instruction.*

*À mon père, TOSSA Kokou Gaspard,*

*Qui a toujours prié que son fils devienne « Sènyala ».*

*À mes frères et sœurs,*

*Pour leur confiance inébranlable et leur soutien indéfectible.*

# ***Remerciements***

*La thèse de doctorat, dans son élaboration, prend des airs d'une aventure solitaire.*

*Mais, à vrai dire, elle mobilise une foule de personnes solidaires.*

*Je suis infiniment redevable à quatre groupes de personnes :*

***À mes directeurs de recherche**, Monsieur Palouki Massina et le professeur Javier Roldán Barbero. Au premier, pour avoir accueilli favorablement mon projet de thèse. Au second, pour avoir accepté de co-diriger les travaux dans le cadre d'une cotutelle. Les deux m'ont assuré un encadrement quasiment paternel. Rigoureux, ils l'ont été de bout en bout. Les moindres détails des travaux étaient scrutés et corrigés. Attentionnés, ils constataient toute baisse de régime dans la recherche et le rehaussaient par des encouragements galvanisants. Merci d'avoir conduit cette aventure à sa destination.*

***Aux commentateurs de la recherche,** le professeur Luis Miguel Hinojosa, Ancien Président de la Société Européenne de Droit International, et Monsieur Michel Rémi Njiki, professeur assistant de droit international à l'Université de Cadix (Espagne), pour leurs conseils avisés. Ma profonde gratitude à Monsieur Sébastien Manciaux, Maître de Conférences HDR de droit privé, qui a facilité mon séjour au Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux (CREDIMI) de Dijon (France). Que les membres du jury veuillent bien agréer mes sincères remerciements pour avoir accepté d'évaluer cette thèse !*

***Au facilitateur de la recherche,** le professeur Domingo Barrera Rosillo, Ancien Directeur de la coopération (CICODE) de l'UGR, qui a œuvré inlassablement à la réalisation des travaux en cotutelle. À cet effet, plusieurs institutions, auxquelles j'adresse toute ma reconnaissance, ont été mobilisées : l'UE, le Groupe Coimbra et le CICODE, dont les financements m'ont été d'un grand secours.*

***Aux contributeurs à la recherche.** De diverses nationalités et rencontrés au Togo, en Espagne et en France, ceux-ci ont été présents, tant moralement que matériellement dans l'aventure de cette thèse « nomade ». Pour leur grand cœur, je m'en voudrais de ne pas mentionner, entre autres, Adjinda Jacob, Felicidad Vigo-Gonçales et sa famille, Jhoa et Edgar Grimón, Paqui Colchomero, Dr Lotiyé Ballé, Juan Ruiz Ramos, mon « hermano académico » ; puis Nasr Ashoush, mon « frère pharaon ».*

*Merci à tous, pour tout.*

# RÉSUMÉ-MOTS-CLÉS, RESUMEN-PALABRAS CLAVES, ABSTRACT-KEYWORDS

**Résumé :**

Phénomène récent en droit international des investissements, le régionalisme africain, appréhendé au double niveau du sous-régionalisme et du continentalisme, est marqué par la modernisation des règles de protection des investisseurs et la modulation des mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements. À la « communautarisation » avérée du régime africain des investissements, a succédé une tendance à la « continentalisation » des normes et institutions y afférentes, sur fond d'intégration économique. La présente étude fournit une analyse approfondie du cadre juridique établi par les CER et les organisations panafricaines en matière d'investissement. Dans une approche analytique, prospective et comparative commandée par la cacophonie constatée entre les instruments juridiques adoptés sur le continent noir, l'étude ambitionne d'ébaucher des mesures susceptibles de contribuer à l'harmonie entre eux. Elle examine donc l'évolution du droit international des investissements en Afrique sous une perspective régionale, en mettant en lumière ses imperfections, innovations et implications.

**Mots-clés :**

Communautarisation – Continentalisation – Droit international des investissements - Intégration économique – Investissement – Panafricanisation – Régionalisme – Règlement des différends

**Resumen :**

Fenómeno reciente del derecho internacional de las inversiones, el regionalismo africano, entendido en el doble plano del subregionalismo y el continentalismo, se caracteriza por la modernización de las normas de protección de los inversores y la modulación de los mecanismos de solución de diferencias en materia de inversiones. A la "comunitarización" establecida del régimen africano de inversiones ha seguido una tendencia a la "continentalización" de las normas e instituciones conexas, en un contexto de integración económica. Este estudio analiza en profundidad el marco jurídico de la inversión establecido por las CER y las organizaciones panafricanas. Adoptando un enfoque analítico, prospectivo y comparativo impulsado por la cacofonía observada entre los instrumentos jurídicos adoptados en el continente, el estudio pretende esbozar medidas que puedan contribuir a la armonía entre ellos. Así pues, examina la evolución del derecho internacional de las inversiones en África desde una perspectiva regional, destacando sus imperfecciones, innovaciones e implicaciones.

**Palabras claves :**

Comunitarización – Continentalización – Derecho internacional de inversiones – Integración económica – Inversión – Panafricanización – Regionalismo – Solución de controversias

**Abstract :**

A recent phenomenon in international investment law, African regionalism, understood at the dual level of subregionalism and continentalism, is marked by the modernization of investor protection rules and the modulation of investment dispute settlement mechanisms. The established "communitization" of the African investment regime has been followed by a trend towards the "continentalization" of related standards and institutions, against a backdrop of economic integration. This study provides an in-depth analysis of the legal framework for investment established by the RECs and pan-African organizations. Taking an analytical, forward-looking, and comparative approach, prompted by the cacophony observed between the legal instruments adopted on the black continent, the study aims to outline measures likely to contribute to harmony between them. It therefore examines the evolution of international investment law in Africa from a regional perspective, highlighting its imperfections, innovations, and implications.

**Keywords :**

Communitization – Continentalization – International Investment Law – Economic Integration – Investment – Pan-Africanization – Regionalism – Disputes Settlement

# SOMMAIRE

RÉSUMÉ-MOTS-CLÉS, RESUMEN-PALABRAS CLAVES, ABSTRACT-KEYWORDS ..... IV
SOMMAIRE ..... VI
LISTE DES ABRÉVIATIONS ..... VIII
INTRODUCTION GÉNÉRALE ..... 1
PARTIE I. LA « COMMUNAUTARISATION » VOLONTARISTE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS ..... 38
*TITRE I. UNE RECONSIDÉRATION AUDACIEUSE DE LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS* ..... 41
Chapitre I. L'atténuation des standards de protection des investisseurs ..... 43
Chapitre II. La consolidation des droits des États d'accueil des investissements ..... 95
*TITRE II. UNE RESTAURATION JUDICIEUSE DE L'ÉQUILIBRE ENTRE LES PARTIES PRENANTES* ..... 150
Chapitre I. La prévision d'obligations à la charge des investisseurs ..... 152
Chapitre II. La réadaptation des mécanismes de règlement des différends ..... 206
PARTIE II. LA « CONTINENTALISATION » PROGRESSIVE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS ..... 261
*TITRE I. UNE « PANAFRICANISATION » NORMATIVE OBSERVABLE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT* ..... 263
Chapitre I. Les innovations panafricaines en matière de réglementation des investissements ..... 265
Chapitre II. Les implications de l'approche panafricaine de réglementation des investissements ..... 319
*TITRE II. UNE CRISTALLISATION SOUHAITABLE DE L'INTÉGRATION CONTINENTALE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT* ..... 372
Chapitre I. Pour l'instauration d'un cadre juridique continental cohérent ..... 374
Chapitre II. Pour l'édification d'un cadre institutionnel continental opérant ..... 427
CONCLUSION GÉNÉRALE ..... 486
ANNEXES : ..... 495
RÉSUMÉ EN LANGUE ESPAGNOLE ..... 495
BIBLIOGRAPHIE ..... 517
INDEX ..... 609
TABLE DES MATIÈRES ..... 615

# LISTE DES ABRÉVIATIONS

ACFI :……. Accord de Coopération et de facilitation des Investissements

AFDI:……... Annuaire Français de Droit International

AfJIEL :……African Journal of International Economic Law

AFRI :…….. Annuaire Français des Relations Internationales

AII :……. Accord internationaux d'Investissement

ALE :……Accord de Libre-Échange

ALENA :……. Accord de Libre-échange Nord-Américain

AMGI/MIGA :……..Agence Multilatérale de Garantie des Investissements/*Multilateral Investment Guarantee Agency*

APE :…… Accord de Partenariat Économique

APEC :……. Asia-Pacific Economic Cooperation

APGD :…….Agence de Prévention et de Gestion des Différends

API :…….Agence de Promotion des Investissements

ASEAN :…….. *Association of South-East Asian Nations*/Association des Nations d'Asie du Sud-Est

AUDA-NEPAD :……. Agence de Développement de l'Union Africaine

BAD :……Banque Africaine de Développement

BAI :…….Banque Africaine d'Investissement

BEI :……. Banque Européenne d'Investissement

CADHP :……..Convention Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples

CAE :……Communauté d'Afrique de l'Est

CAJDH :…….. Cour Africaine de Justice et des droits de l'Homme

CARICOM :……..Communauté Caribéenne

CCSI :…….. Columbia Center on Sustainable Investment

CEDEAO :……Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest

CEDH :…….Convention Européenne des Droits de l'Homme

CER :……Communauté Économique Régionale

CETA/AECG :……. *Comprehensive Economic and Trade Agreement*/Accord Économique Commercial Global

CIJ :…….. Cour Internationale de Justice

CIRDI :…….Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements

CJCE :…….. Cour de Justice de la Communauté Européenne

CJUE :……..Cour de Justice de l'Union Européenne

CNUCED/UNCTAD :…. Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement

CNUDCI/UNCITRAL :... Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International

COMESA:…… Common Market of Eastern and Southern Africa

Cour ADHP :…… Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples

Cour EDH :…….. Cour Européenne des Droits de l'Homme

CPA :…… Cour Permanente d'Arbitrage

CPJI :…… Cour Permanente de Justice Internationale

CUADI :……... Commission de l'Union Africaine pour le Droit International

ECOWIC :…… Code des Investissements de la CEDEAO

EJIL:……. European Journal of International Law

EYIEL:……. European Yearbook of International Economic Law

ICLQ: …… . International and Comparative Law Quarterly

IDE :……. Investissement Direct Étranger

IISD :…… International Institute on Sustainable Development

JDI :…….. Journal du Droit International

JIEL:……. Journal of International Economic Law

JWIT:…… Journal of World Investment and Trade

MERCOSUR:…….. Mercado Común del Sur

NOEI :…….. Nouvel Ordre Économique International

OCDE:…….. Organisation de Coopération et de Développement Économique

OCI :……. Organisation de la Conférence Islamique

OHADA :…… Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires

OMC :……... Organisation Mondiale du Commerce

ONU :……... Organisation des Nations Unies

ORD :……... Organe de Règlement des Différends

OUA :……... Organisation de l'Unité Africaine.

PAIC :……...Code Panafricain des Investissements

PIM :…….Programme d'intégration minimum

PMA :……... Pays les Moins Avancés

RBDI :…….. Revue Belge de Droit International

RCADI :……... Recueil des Cours de l'Académie de Droit International

RDIE :…….. Règlement des différends entre Investisseur et État

REEI:……....Revista Electrónica de Estudios Internacionales

RGDIP :……Revue Générale de Droit International Public

RIDE :…….. Revue Internationale de Droit Économique

RSE :…… Responsabilité Sociale des Entreprises

RTDCiv :…….. Revue Trimestrielle de Droit Civil

RTSJ :…….. Revue Togolaise de Sciences Juridiques

SADC :……. Southern African Development Community

SCC :…… Chambre de Commerce de Stockholm

SFDI :……... Société Française pour le Droit International

TBI/BIT :…….. Traité Bilatéral d'Investissement/*Bilateral Investment Treaty*

TPP :……. *Trans-Pacific Partnership*/Accord de Partenariat Trans-Pacifique

TTIP :……... *Transatlantic Trade and Investment Partnership*/Partenariat Transatlantique de Commerce et d'Investissement

UA :…….. Union Africaine

UE :…….. Union Européenne

UEMOA :……. Union Économique et Monétaire Ouest-africaine

UNASUR :……... Union des Nations Sud-américaines

UNECA :…….. Commission Économique des Nations Unies pour l'Afrique

ZLE :…… Zone de Libre-Échange

ZLECAf/AfCFTA :……. Zone de Libre-Échange Continentale Africaine/*African Continental Free Trade Area*

# INTRODUCTION GÉNÉRALE

*« Le droit international des investissements est en crise »*[1]. Ce constat dressé par le professeur Makane Moïse Mbengue a une résonance alarmiste. Mais elle est bien réaliste. Il est le reflet fidèle des soubresauts que connaît cette discipline au fil du temps. La crise du droit international des investissements est telle que les États de tous les horizons continentaux s'évertuent à lui esquisser de nouveaux contours. L'Amérique latine, pionnière de cette menée subversive[2], a entraîné plusieurs pays en développement dans son sillage. Ce n'est donc pas l'Afrique, continent le plus lent dans la course au développement socio-économique, qui va rester insensible au mouvement réformiste.

Obsédés par la volonté d'attirer davantage d'investissements étrangers, *« veau d'or des nations prolétaires »*[3], les États africains se sont lancés dans un vaste mouvement contractuel en concluant une pléthore de traités bilatéraux d'investissements (TBI), sans pour autant mesurer les implications réelles des clauses négociées sur leurs économies respectives. Récemment, ils se sont ravisés. La donne a changé. Les lignes ont bougé. Mieux, le droit international des investissements a muté sur le continent. Jadis perçus comme des *« consommateurs »* des règles relatives aux investissements internationaux, les États africains se sont progressivement mués en de véritables *« fournisseurs »* de ces règles. De manière significative, le droit international des investissements connaît une *« africanisation »*[4].

---

[1]MBENGUE (M. M.), « La loi des nations est faite de fer » ? Reconnaissance et « décolonisation » du droit international des investissements », *in* GESLIN (A.), JOUANNET (E. T.), *Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international*, Aix-en-Provence : Droits international, comparé et européen, 2019, p. 115. Voir aussi GARCÍA-BOLÍVAR (O. E.), « La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras: Propuestas de reforma », *Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión,* Año 3, N° 5, 2015, pp. 137-164; HINDELANG (S.), KRAJEWSKI (M.) (ed.), *Shifting Paradigm International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford University Press, 2016, 484 p., SCHNEIDERMAN (D.), *Resisting Economic Globalization. Critical Theory and International Investment Law,* London, Palgrave Macmillan, 2015, 218 p.

[2] Voir à ce sujet, CALVERT (J.), « The Contested History of Investment Treaties in Latin America », *in* CLAVERT (J.) (dir.), *The Politics of Investment Treaties in Latin America*, Oxford, Oxford Academic Books, 2022, pp. pp. 59-84 ; GARCIA (C. G.), « All the Other Dirty Little Secrets : Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investor-State Arbitration », *Florida Journal of International Law*, Vol. 16, N° 2, 2004, pp. 314-368 ; MANCIAUX (S.), « La Bolivie se retire du CIRDI », *Revue de l'arbitrage*, Vol. 2, 2007, pp. 351-358 ; LAMARQUE (C.), « Et de trois : après la Bolivie et l'Équateur, le Venezuela quitte le CIRDI !», *CADTM,* 24 février 2012, disponible sur http://www.cadtm.org/spip.php?page=imprimer&id_article=7655, consulté le 22 juin 2022.

[3]C'est ainsi que le professeur Babakane D. Coulibaley a qualifié les IDE, au regard du rôle qu'ils peuvent jouer dans le développement des pays économiquement faibles. COULIBALEY (D. B.), *Les investissements privés étrangers et le développement économique au Togo : approche juridique,* Thèse de doctorat en droit Public, Université de Lille II, 1989, p. 3.

[4]MBENGUE (M. M.), « Un Code panafricain d'investissement pour promouvoir le développement durable », *Passerelles*, Vol. 17, N° 5, 29 juin 2016, disponible sur http://www.ictsd.org/bridges-news/passerelles/news/un-code-panafricain-dinvestissement-pour-promouvoir-le-d%C3%A9veloppement, consulté le 23 juin 2020.

Les États africains, mus par une forte ambition réformatrice, se sont individuellement montrés déterminés à définir leurs propres règles et politiques relatives aux investissements. Ils se fraient des voies radicalement neuves, prenant ainsi part à la construction d'une *« nouvelle configuration du droit international des investissements »*[5]. Toutefois, c'est collectivement que leur implication dans ce processus est plus accrue, tant les initiatives les plus remarquables opérées à cet effet, l'ont essentiellement été dans les enceintes régionales.

On a assisté à l'émergence d'un régionalisme africain en droit international des investissements. La nature particulièrement hardie de cette démarche des États africains ne saurait laisser indifférent. Elle attise la curiosité intellectuelle, et est suffisamment intéressante pour motiver une réflexion sur le phénomène. Mais en prélude à cet exercice, il importe de décortiquer les concepts, de présenter le contexte et d'annoncer la structure de l'étude.

## *I. Le contenu du droit international des investissements*

L'appréhension du champ du droit international des investissements **(b)** passe par une tentative de définition de la notion d'investissement **(a).**

### a) L'« investissement », une notion complexe

Présenté comme un élément emblématique de la mondialisation économique, vulgarisé auprès du grand public à travers la publicité faite aux opérations de fusions-acquisitions[6], et par les discours politiques chantant ses retombées positives, l'investissement est, en principe, une activité vieille de plusieurs siècles. À en croire Sébastien Manciaux, la première opération d'investissement à l'étranger remonte à l'Accord du 18 juin 1505, par lequel le roi Philippe 1er d'Espagne nommait le Vénitien Francisco de Tassis, « capitaine et maîtres des postes », *« pour qu'il constitue un service de courrier reliant les différents territoires de l'empire de Habsbourg (Espagne, Pays-Bas, Autriche et Bourgogne), le concessionnaire recevant les revenus générés par sa charge mais s'engageant sur sa vie et sa fortune à assurer le respect d'un certain nombre d'obligations, notamment les délais d'acheminement entre les capitales européennes »*[7].

---

**5** DIOP (P. A.), *La protection internationale des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest : Espace CEDEAO (Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest)*, Thèse de doctorat en droit, Université Côte d'Azur, 2018, p. 2.

**6** MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, Trente années d'activités du CIRDI*, Paris, Litec, 2004, p. 1.

**7** *Idem.*

D'essence économique[8], l'investissement présente *« un visage de Janus Bifrons »*[9], parce qu'il est désormais appréhendé sous le prisme de la science juridique, sans pour autant se prêter à une définition unanimement admise. *« Il n'existe aucune définition juridique générale de la notion d'investissement, mais des définitions particulières à chacun des multiples textes internationaux et internes »*[10], confirme le Dictionnaire de droit international public**.** Il s'agit d'une notion dont la définition est *« inexistante »*[11], dira le professeur Dominique Kahn. S'inscrivant dans la même logique, le professeur Arnaud de Nanteuil écrit récemment que *« la définition de l'investissement en droit positif est introuvable »* et qu'elle reste, pour l'essentiel, un mystère[12].

Longtemps ignorée de « la langue du droit international »[13], la notion d'investissement est véritablement apparue au lendemain de la Deuxième Guerre Mondiale[14]. L'une des

---

[8]*« Que le concept d'investissement soit d'essence économique n'est rien d'autre qu'une évidence. L'investissement constitue une opération opposée à l'acte de consommation, car elle suppose à la fois un apport et une durée, à raison de son objectif de production »,* écrit le professeur Ali Bencheneb. BENCHENEB (A.), « Sur l'évolution de la notion d'investissement », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20 ème siècle. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Paris, Litec, 2000, p. 179. Certains analystes économiques perçoivent l'investissement comme une « *une opération qui consiste pour une entreprise ou pour un pays, à augmenter le stock des moyens de production (machines, équipements de tous types, infrastructures, biens de tout ordre, mais aussi acquisition de connaissances et formation des hommes) avec pour perspective une production future »,* Voir GUENIEN (B.), *Dictionnaire d'analyse économique : micro-économie, macro-économie, théorie des jeux, etc*., Paris, éd. La Découverte, coll. Repères, 2002, 568 p. Le Dictionnaire de finance en donne une définition plus restreinte. Ici, l'investissement est défini comme l'engagement de capitaux à l'étranger pour l'exercice d'activités durables, notamment la création de filiales, co-entreprises, achat d'entreprises étrangères, fusions, etc ; Voir PEYRARD (J.), PEYRARD (M.), *Dictionnaire de finance*, Paris, Vuibert, 2è éd., 2001, 305 p. Plusieurs théories économiques sont nées de la notion d'investissement. Cités par MOUANGUE KOBILA (J.), *Le Cameroun face à l'évolution du droit international des investissements*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Yaoundé II – Soa, 2004, p. 43.

[9]CARREAU (D.), JUILLARD (P.) et al., *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 6è éd., 2017, p. 572.

[10]SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant/AUF, Coll. Universités francophones, 2001, pp. 613-614.

[11]KAHN (Ph.), **«** International Law Association, Foreign Investment in the Developing Countries *», Rapport présenté au nom de la branche française*, Helsinki, 1966, p. 819.

[12]DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 3 è éd., 2020, p. 175 ; voir aussi GAILLARD (E.), « Identify or define ? Reflections on the Evolutions of the Concept of investment in the ICSID Practice », *in* BUNDER (C.), KRIENBAUM (U.), REINISCH (A.), WITTICH (S.) (ed .), *International Investment Law in the 21st Century : Essays in Honour of Christoph Schreuer,* Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 411-416. Par ailleurs, il existe une thèse entièrement dédiée à l'essai de définition de la notion d'investissement, GILLES (A.), *La définition de l'investissement international,* Bruxelles, Larcier, 1è éd., 2012 ; ouvrage issu de la thèse de doctorat en droit international public, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2010, 534 p.

[13]MÜLLER (D.), « Tentative d'identification », *in* DAILLER (P.), DE LA PRADELLE (G.), GHERARI (H.) (dir.), *Droit de l'économie internationale,* Paris, Pedone, p. 645.

[14]Rappelons tout de même que le terme « investissement » apparaissait déjà dans l'affaire CPJI, *Usine de Chorzów,* Arrêt n°13, du 13 septembre 1928, *CPJI série A*, n° 17, p. 53. On pouvait lire ce qui suit : *« D'autre part, si le développement normal présupposé de la question II représentait un élargissement de l'entreprise et un* ***investissement*** *de capitaux nouveaux, leur montant devrait être déduit de la valeur recherchée ».* Aussi, dans l'Affaire *Oscar Chinn*, la Cour faisait mention du « **capital investi** », CPJI, *Affaire Oscar Chinn*, Arrêt

premières mentions du terme était lisible dans l'article 12 du Projet de la Charte de Havane de 1948[15]. Malgré la naissance ultérieure du Centre International de Règlement des différends relatifs aux Investissements (CIRDI), cette notion n'a pas réussi à s'extirper de sa nébuleuse originelle[16]. Étonnamment, la Convention de Washington du 18 mars 1965 ayant institué ce Centre sous l'égide de la Banque mondiale, n'a apporté aucun élément d'identification de l'investissement ; une neutralité paradoxale lorsqu'on sait que le but de cette institution est de résoudre les éventuels litiges relatifs aux investissements[17] et que « *la notion d'investissement constitue l'une des conditions d'accès au mécanisme du règlement des différends du Centre* »[18]. Le paradoxe est d'autant plus sidérant à la lecture de la Convention de Washington qui lie la compétence du CIRDI à l'existence d'un investissement[19].

En l'absence d'une « définition référence » donnée par la Convention du CIRDI, c'est naturellement que tous les regards se sont tournés vers les TBI pour tenter d'identifier la notion d'investissement. S'il est constant que quasiment tous les TBI offrent des éléments de définition de l'investissement, il est également connu que ces éléments de définition contenus dans la multitude de TBI existants sont souvent similaires, mais rarement identiques. De l'étude des TBI conclus par les États les plus actifs en la matière, il se dégage

---

du 12 décembre 1934, *Série A/B*, n° 63, p. 65, p. 84 ; voir DANIC (O.), *L'émergence d'un droit international des investissements : contribution des traités bilatéraux à la jurisprudence du CIRDI,* Thèse de doctorat en droit public, Université Paris-ouest, Nanterre La Défense, 2012, p. 1.

[15] L'Article 12 § 1 a) dispose : *« les investissements internationaux, tant publics que privés, peuvent contribuer dans une grande mesure à favoriser le développement économique et la reconstruction, et, par voie de conséquence, le progrès social ».*

[16]LAVIEC (J-P.), *Promotion et protection des investissements*, Genève, Publications de l'Institut des Hautes Études Internationales, 1985, disponible en ligne sur http://books.openedition.org/iheid/4193?lang=fr#text, consulté le 14 mai 2020.

[17]DIOP (P. A.), *La protection internationale des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest : espace CEDEAO (Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest),* Thèse de doctorat en droit, Université Côte d'Azur, 2018, p. 6.

[18]AREOU (G.), « La notion d'investissement - évolutions récentes », *in* DE NANTEUIL (A.) (dir.), *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale : réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement*, Université du Maine, Paris, Pedone, 2015, p. 7.

[19] L'article 25 de la Convention de Washington énonce en substance que *« la compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant […] et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement ».* Article 25 § 1 de la Convention de Washington. Il importe de signaler que cette absence de définition de l'investissement dans la Convention du CIRDI n'est guère un oubli, mais plutôt « une abstention de faire » motivée par la volonté de ses rédacteurs d'accorder une liberté d'interprétation aux parties. Dans le rapport des administrateurs de la convention, il est inscrit ce qui suit : « *l'investissement est donc ce que les parties considèrent comme tel ».* L'article 25 § 4 de la Convention du CIRDI énonce en substance que *« Il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme investissement compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les États contractants peuvent s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre ».* Voir DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, 3è éd., Paris, Pedone, 2020, pp. 176-177.

néanmoins des tendances générales qui permettent de cerner, tant bien que mal, les contours du terme « investissement ». Il en existe quatre.

La première tendance est celle d'une définition large qui conçoit l'investissement comme *« tout type de possession »* avant d'énumérer quelques conditions de qualification[20]. La deuxième tendance opte pour une définition réductrice de l'investissement en établissant une liste limitative, voire exhaustive des avoirs et des opérations pouvant être considérés comme des investissements[21]. Une autre tendance de la pratique conventionnelle est de définir l'investissement par l'exclusion de certaines opérations. Autrement dit, les TBI retiennent une définition générale et ouverte de l'investissement tout en l'assortissant de quelques limites. La dernière tendance, tout autant rare, est celle des TBI qui définissent l'investissement sur la base d'un ou de plusieurs critères synthétiques. La définition proposée constitue alors un ensemble de caractéristiques propres sanctionnées d'une liste de catégories et d'illustrations[22].

La pratique conventionnelle étant fluctuante et peu convaincante, les tribunaux arbitraux ont tenté d'apporter plus de lumière sur ce clair-obscur que constitue l'investissement. Il leur appartenait de fournir la preuve de l'existence d'un investissement dans les différends dont ils sont saisis avant de fonder leur compétence à statuer[23]. Les jalons d'une définition objective de l'investissement furent dès lors posés par les arbitres. Et l'affaire *Salini c. Maroc*[24], dont la sentence a été rendue le 23 juillet 2001, constitue assurément la source *« de toute analyse contemporaine relative à la qualification de l'investissement »*[25].

---

[20] Voir DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 3 è éd., 2020, pp. 178-181. Cette tendance est généralement rencontrée dans les TBI des pays exportateurs de capitaux. L'objectif est de s'assurer que la protection assurée par ces TBI s'étende à une grande variété d'opérations associées aux investissements. Les modèles de traité bilatéral d'investissement adoptés par les États-Unis fournissent une illustration à cet égard. Voir SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 4th ed., 2017, p. 13. La CNUCED indique « les possessions de toutes nature » susceptibles d'être qualifiées d'investissements peuvent prendre cinq formes à savoir, les biens, les intérêts, les créances et droits ayant une valeur économique, les droits de propriété intellectuelle, les concessions. Voir CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1999-2006: Trends in Investments Rulemaking,* p. 8.

[21] Cette tendance, plutôt rare dans la pratique conventionnelle, est liée à la volonté des gouvernements de limiter le pouvoir d'interprétation des arbitres. Le modèle canadien de traité bilatéral d'investissement publié en 2004 en est un des rares exemples. DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, 3 è éd., Paris, Pedone, 2020, p. 182.

[22] *Ibidem,* p. 185.

[23] DIOP (P. A.), *La protection internationale des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest : espace CEDEAO, op. cit.,*p.7.

[24] CIRDI, *Salini Construttori SpA, Italstrade SpA c. Royaume de Maroc*, Affaire n° ARB/00/4, 31 juillet 2004.

[25] AREOU (G.), « La notion d'investissement : les évolutions récentes », *op. cit.,* p. 8.

À la question de savoir si un marché de travaux publics pouvait être qualifié d'investissement, les arbitres chargés de trancher cette affaire avaient répondu par l'affirmative. Pour parvenir à cette conclusion, ces derniers, s'appuyant sur des critères qu'il est désormais convenu d'appeler *« le test Salini »*, ont proposé une définition très générale de la notion d'investissement. Résultant de la tentative du tribunal arbitral de synthétiser le pêle-mêle d'éléments pouvant servir à identifier l'investissement, cette célèbre formule est subséquente au raisonnement suivant : « *La doctrine considère généralement que l'investissement suppose des apports, une certaine durée d'exécution du marché et une participation aux risques de l'opération. La lecture du préambule de la Convention permet d'y ajouter le critère de la contribution au développement économique de l'État d'accueil de l'investissement »*[26].

Il s'en infère qu'un investissement devrait être constitué de quatre critères, à savoir, l'apport financier, la durée, le risque et la participation au développement économique de l'État hôte[27]. Cette définition a le mérite de renfermer une dose de flexibilité et d'objectivité, en ce qu'elle transcende la lettre et les subtilités rédactionnelles des TBI[28]. Pour autant, elle se heurte à des controverses qui touchent aux critères établis par le tribunal arbitral du CIRDI. Si l'unanimité semble acquise autour des trois premiers critères que sont l'apport financier, la durée et le risque ; il n'en est pas de même pour le dernier. La greffe du critère de la contribution au développement économique de l'État d'accueil divise[29].

---

**26** CIRDI, *Salini Costruttori SpA c. Maroc,* décision sur la compétence, Affaire n°ARB/00/4, 23 juillet 2001, Rapports, vol. 6, p. 400, § 52.

**27**DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 3è éd., 2020, pp. 189-190.

**28**PASCUAL-VIVES (F.), *La legitimación activa del individuo en el arbitaje de inversión*, Madrid, Aranzadi, 2019, p. 126.

**29** Certains tribunaux sont restés fidèles aux « critères *Salini* » dans leur intégralité. En témoignent les sentences dans les affaires *Jan de Nul c. Égypte* en 2006, CIRDI, *Jan de Nul c. Égypte*, n°ARB/04/13, décision sur la compétence du 16 juin 2008, §111 ; Patrick *Mitchell c. République Démocratique du Congo* en 2006 (CIRDI, *Patrick Mitchell c.République Démocratique du Congo,* décision du comité *ad hoc* du 1er novembre 2006) et *Ioanniss Kradassopulos c. Géorgie* en 2007 (CIRDI, *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, n°ARB/05/23, sentence sur la compétence du 6 juillet 2007, § 503-504). L'affaire *Cortec Minining Kenya Ltd, Cortec (Pty) Ltd, Stirling Capital Ltd c. Republic of Kenya* de 2018, (CIRDI, *Cortec Minining Kenya Ltd, Cortec (Pty) Ltd, Stirling Capital Ltd c. Republic of Kenya,* n°ARB/15/29, sentence du 22 octobre 2018, § 300). D'autres tribunaux ont totalement écarté ce critère. Dans les affaires *Victor Pey Casado c. Chili* de 2008 et *Saba Fakes c. Turquie* de 2010 (CIRDI, *Saba fakes c. Turquie*, Affaire n°ARB/07/20, sentence du 14 juillet 2010, § 111), la contribution au développement économique a été considérée comme une conséquence de l'investissement et non comme un élément d'identification. En 2005, le tribunal s'était déjà montré réticent à l'usage de ce critère dans l'affaire *LESI-Dipenta c. Algérie (*Affaire CIRDI, *LESI-Dipenta c. Algérie*, n°ARB/05/03, décision sur la compétence du 10 janvier 2005). Il convient de souligner que tant dans la jurisprudence arbitrale que dans la doctrine, la tendance au rejet de ce critère l'emporte. Un auteur résume si bien cette position lorsqu'il déclarait que *« le développement est une exigence politique : il n'est pas nécessaire d'en faire une condition juridique* ». FADLALLAH (I.), « La notion d'investissement : vers une restriction à la compétence du CIRDI ? », in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum* in honour

Les « critères *Salini* » n'ont pas été reçus avec enthousiasme par tous les tribunaux arbitraux. Il s'est développé, dans la foulée, une approche subjective de la notion d'investissement, caractérisée par une méfiance à l'égard des critères précités et un retour à la Convention de Washington, qui donne la latitude aux États parties de convenir de la définition de l'investissement dans leurs accords. Les législations nationales d'investissement et les conventions internationales sont donc devenues les canaux, par excellence, d'expression de la volonté des États quant à ce qu'ils entendent par « investissement ». Cette approche continue de faire autorité dans la jurisprudence arbitrale, comme l'atteste une affaire qui a conclu que *« the* Salini *criteria may be useful to describe typical characteristics of an investment, but they cannot, as a rule, override the will of the parties […] »*[30]. Walid Ben Hamida se veut plus explicite au sujet de cette approche en précisant que « *le CIRDI sera compétent dès que les parties, implicitement ou explicitement, en consentant à l'arbitrage dans un contrat, dans un traité de protection d'investissement ou dans une loi nationale d'investissement, considèrent que l'opération litigieuse est constitutive d'un investissement* »[31].

Toutefois, si les « critères *Salini* » ont parfois été mis à rude épreuve, aucun tribunal ne les a totalement exclus. Ils demeurent pertinents et constituent une base solide de la définition de l'investissement, même s'ils sont sujets à quelques aménagements[32]. Les arbitres chargés de statuer sur l'affaire *Salini* avaient adopté une démarche conciliatrice des approches objectiviste et subjectiviste, offrant ainsi une belle piste à exploiter dans l'exercice d'identification de l'investissement[33].

---

of Robert Briner, ICC, 2005, p. 267, cité par MATRINGE (J.), « La notion d'investissement », *in* LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational,* Paris, Pedone, 2015, p. 157.

**30** CIRDI, *Hassan Awdin, Entreprise Business Consultants, Inc. et Alfa El Corporation c. Roumanie,* n°ARB/10/13, sentence du 2 mars 2015, § 65 et 66. Les adjuvants de cette approche soutiennent qu'elle est justifiable. Pour eux, la liberté dont jouissent les parties pour identifier l'investissement n'a rien d'illogique étant donné que la compétence d'un tribunal à statuer est fondée sur le consentement des États parties au litige. Voir DIOP (P. A.), *La protection internationale des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest : espace CEDEAO, op. cit.,* p. 10.

**31**BEN HAMIDA (W.), « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI ? », *Gazette du Palais*, 15 Décembre 2007, n° 349, p. 33.

**32** Voir DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.,* p. 192 ; PASCUAL-VIVES (F.), *La legitimación activa del individuo en el arbitraje de inversión, op. cit.,* p. 130, voir aussi PARRAR (A. R.), « The Convention of the Centre for Settlement of Investment Disputes », *RCADI,* vol. 374, 2014, pp. 340-342.

**33** Cette « sage » démarche que la doctrine a dénommée *double test* du CIRDI ou *double-barrelled test* a consisté pour ces arbitres de mener un raisonnement en deux étapes. La première étape était l'occasion pour le tribunal de vérifier si l'opération litigieuse pouvait être qualifiée d'investissement à la lumière du TBI conclu entre le Maroc et l'Italie. Dans la deuxième étape, les arbitres avaient décidé d'examiner la nature de l'opération litigieuse à l'aune de l'article 25 de la Convention de Washington. Voir DIOP (P. A.), *La protection internationale des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest : espace CEDEAO, op. cit.,* p. 13. La jonction des observations relevées au cours de ces deux étapes, doublée d'un recours à la doctrine et au

*Brevitatis causa*, l'investissement est une « notion dynamique » venue remplacer celle de « bien », une « notion statique »[34] ; pour désigner « quelque chose de plus précis »[35]. Il implique nécessairement un apport financier sur une durée déterminée dans le but de réaliser des bénéfices, sous réserve du risque économique que présente l'opération engagée. C'est là le « noyau dur » de la définition de l'investissement, auquel des éléments subjectifs - à l'instar de la contribution au développement économique de l'État d'accueil - pourraient s'adjoindre[36]. Il est qualifié d'« étranger » ou d' « international », car il s'agit d'un *« processus essentiellement intrusif »* [37], une opération qui a lieu sur le territoire d'un État hôte.

**b) Le champ du droit international des investissements**

Le droit international des investissements n'est pas une création *ex nihilo*. Il n'est pas né tout armé du cerveau d'un théoricien ou d'un arbitre. Il a connu une évolution graduelle en franchissant des paliers. Il s'agit, à vrai dire, d'un droit nouveau, avec des racines et des préoccupations aussi anciennes que celles du droit international général. Issue d'une osmose de raisons historiques et économiques[38], cette discipline se trouve être une application d'un régime juridique international développé, de manière évolutive, dans un secteur spécifique : les investissements internationaux[39].

La prise en considération de la condition des étrangers, philosophie héritée du jus naturalisme, est considérée comme l'élément déclencheur de ce droit. L'illustration fournie par Alfred Vedross est assez convaincante : *« La Cour permanente de justice internationale […] à plusieurs reprises, se réfère à un droit international commun concernant le traitement des étrangers. Ces règles se basent sur l'idée chrétienne de la personnalité humaine, qui doit être reconnue et respectée partout. Cette idée, introduite dans notre science par*

---

préambule de la Convention de Washington, ont permis aux arbitres de conclure que l'opération litigieuse remplissait bel et bien les critères d'identification de l'investissement. Si en juillet 2018, certains arbitres ont procédé de la sorte (Cf. CIRDI *Gravilovic and Gravilovic d. o. c. Croatie*, n° ARB/05/22, sentence du 25 juillet 2018, §§ 192-193), il est alors incontestable que les critères « objectifs » générés par l'affaire *Salini* constituent les meilleurs repères de définition de l'investissement, aussi bien au sein des tribunaux que dans la doctrine.

[34] JUILLARD (Ph.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *op. cit.*, p. 24.

[35] MATRINGE (J.), « La notion d'investissement », *in* LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational,* Paris, Pedone, 2015, p. 137.

[36] Voir DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.,* p. 193.

[37] SORNARAJAH (M.), *The international Law on Foreign Investment*, 2017, *op. cit.,* p. 23.

[38] Voir notamment KATE (M.), *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and Safeguarding of Capital,* Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 19-70; voir également SORNARAJAH (M.), *The international Law on Foreign Investment*, *op. cit.,* pp. 23-35.

[39] DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.,* p. 15.

*François de Vitoria […] a été acceptée peu à peu par la coutume internationale qui, graduellement, a développé les règles régissant notre matière »*[40].

La protection des étrangers, exigée de la part des États depuis des lustres[41], a significativement influencé le droit international généra et a favorisé la reconnaissance d'un droit des biens des étrangers, dont les règles représentent le fondement du régime contemporain des investissements[42]. L'on conviendra avec le professeur Charles Leben que *« [l]es prodromes d'un droit international des investissements apparaissent dès la XVII è siècle avec la volonté des États européens de protéger les biens de leurs nationaux se trouvant sur un territoire étranger »*[43].

L'internationalisation des investissements, amorcée dans le cadre des contrats d'État[44], a soulevé un vif débat sur leur contribution à la croissance économique des États d'accueil[45]. En effet, la doctrine de la libéralisation des marchés économiques, en vogue depuis le début du XX$^{ème}$ siècle, est confronté à une montée en puissance d'un nationalisme économique, marqué par l'intervention de l'État dans l'économie. Palouki Massina, pour justifier ce nouvel élan des pays en développement, écrit que « *[d]ans tous les pays du monde, y compris dans les pays traditionnellement réputés pour leur libéralisme, l'intervention de l'État dans l'économie est de nos jours considérée comme inévitable, voire salutaire »*[46].

---

[40]VEDROSS (A.), « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI*, t. 37, 1932-III, pp. 323-412.

[41] Au milieu du XVIII è siècle, Emmerich de Vattel avait déjà une claire opinion sur la nécessité de protéger les étrangers. Il déclarait qu'un État ne peut accepter des étrangers sur son territoire pour les *« faire tomber dans un piège »* ; il ajoutait que *« dès qu'il les reçoit, il s'engage à les protéger comme ses propres sujets, à les faire jouir, autant qu'il dépend de lui, d'une entière sûreté ».* Voir DE VATTEL (E.), *Le droit des gens ou la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains,* 1758, Tome 1, rééd., Paris, Rey & Gravier, 1820, livre II, chapitre 8, p. 104. Dans une période plus récente, le juriste italien Dionizio Anzilotti martelait que *« tout État est tenu envers les autres États de reconnaître à leurs nationaux respectifs la qualité de personnes, de sujets de droits, avec les conséquences de droit public et de droit privé qui en découlent et de leur octroyer la protection juridique voulue par la reconnaissance de cette qualité »,* voir ANZILOTTI (D.), *Cours de droit international*, Paris, Librairie de Recueils Sirey, 1929, XII-534 p., p. 45.

[42]DANIC (O.), *L'émergence d'un droit international des investissements : contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI*, *op. cit.,* p. 3. L'existence d'un droit des étrangers a donné naissance à des mécanismes de protection de ces derniers sur un territoire étranger, notamment le mécanisme de la protection diplomatique, la création des commissions mixtes et la protection des opérateurs économiques étrangers ainsi que l'émergence de l'arbitrage, Voir DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.,* pp. 16-32.

[43] LEBEN (Ch.), « Droit international des investissements : un survol historique », *in* LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational,* Paris, Pedone, 2015, p. 6.

[44] LEBEN (Ch.), « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn : Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20 ème siècle, op. cit*., p. 120.

[45] Voir UNCTAD, *Development Implications of International Investment Agreements,* IIA Monitor, N° 2, UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2007/2, 2007, 11 p., disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/webiteiia20072_en.pdf, consulté le 10 mai 2020.

[46] MASSINA (P.), *L'interventionnisme économique au Togo : réinventer le droit,* Thèse de doctorat en droit public, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 1987, p. 2.

Les pays nouvellement indépendants voyaient les investissements étrangers d'un mauvais œil. Les percevant comme un instrument d'aliénation économique et d'un néocolonialisme sournois, ils ont jugé bon de reprendre le contrôle des secteurs vitaux de leurs économies, naguère aux mains des entreprises multinationales appartenant aux anciennes puissances coloniales. De leurs revendications, ont découlé deux résolutions phares de l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) : la Résolution 1803 du 14 décembre 1962 sur la « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles »[47] et la Résolution 3281 du 12 décembre 1974, communément dénommée « Charte des droits et devoirs économiques des États »[48].

Mais peu avant l'adoption de ce dernier texte, des voix se sont élevées pour l'instauration d'un Nouvel ordre économique international (NOEI), en raison du mécontentement des pays en développement à l'égard d'un droit international jugé « élitiste » et d'une société internationale taxée de « discriminatoire ». Pour le professeur Maurice Kamto, la participation des États africains à ce mouvement « révolutionnaire » s'explique aisément : *« After independence in the 1960s, Africa has discovered the profound inequality of the international economic order in which it was marginalised, with around 2% of the global economy, despite being a resource-rich area. The perpetuation of the inequalities of the colonial era had led to an asymmetrical relationship with with the international order and the perpetuation of the economic dependency. That is why African States largely voted the demands of a New International Economic Order (NIEO) »*[49].

Une redistribution des cartes dans les relations internationales et une restructuration du pouvoir politique et juridique[50] ; voilà les revendications qui ont entraîné l'adoption de la

---

[47] Pour approfondir le principe de la souveraineté permanente sur les richesses et les ressources naturelles, voir notamment MAUGUIN-HELGESON (M.), « La souveraineté permanente sur les richesses et ressources naturelles », *in* PATRICK (D.), DE LA PRADELLE (G.), GHERARI (H.) (dir.), *Droit de l'économie internationale, op. cit.,* pp. 651-659 ; voir également FISCHER (G.), « La souveraineté sur les ressources naturelles », *AFDI*, 1962, vol. 8, pp. 516-528.

[48] Sur la Charte des droits et devoirs économiques des États, voir CASTANEDA (J.), « La Charte des droits et devoirs économiques des États. Note sur son processus d'élaboration », *in AFDI*, vol. 20, 1974, pp. 31-56 ; VIRALLY (M.), « La Charte des droits et devoirs économiques des États. Note de lecture », *in AFDI*, vol. 20, 1974, pp. 57-77.

[49] KAMTO (M.), « The Development of International Investment Law in Africa », *in* HODU (Y. N.), MBENGUE (M. M.) (ed.), *African Perspectives in International Investment Law*, Manchester University Press, 2020, p. 15.

[50]ROLDÁN BARBERO (J.), « Los fundamentos y los sujetos », *in* HINOJOSA MARTÍNEZ (L. M.), ROLDÁN BARBERO (J.) (coord.), *Derecho internacional económico, op. cit,* pp. 329-330. Sur le Nouvel ordre économique international en général, lire STERN (B.), *Un Nouvel ordre économique international ?*, Paris, Economica, 1983, 740 p; SORNARAJAH (M.), « The Return of the NIEO and the Retreat of the Neoliberal International Law », *in* BHUIYAN (S.), SANDS (P.), SCHRIJVER (N.) (ed.), *International Law and Developping Countries : Essays in Honour of Kamal Hossain,* Martinus Nijhoff, 2014, pp. 32-59, lire aussi

fameuse résolution 3201 (S-VI) du 1er mai 1974 portant « Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international »[51]. En matière d'investissement, le sentiment de méfiance, voire d'hostilité à l'égard des pays exportateurs de capitaux, a provoqué une vague de nationalisations et d'expropriations sans indemnisation. En réaction à ces événements qui exposent leurs capitaux à des risques incalculables, ceux-ci ont décidé de créer un droit international coutumier contraignant, dans le dessein d'assurer un minimum de protection à leurs biens.

Précisons, néanmoins, que les vigoureux antagonismes entre adjuvants et négateurs du libéralisme économique n'ont pas fait long feu, les investissements ayant acquis une valeur cruciale dans le processus de développement des pays économiquement faibles. Y recourir est devenu une obligation en vue de donner un coup d'accélérateur à leurs économies toujours rampantes. Dans cette quête, il fallait un cadre juridique garantissant une protection et une sécurité juridique minimales aux opérateurs économiques étrangers. Les vices du droit interne constatés[52], c'est le droit international qui sera sollicité par le truchement d'accords internationaux d'investissement (AII). La multiplication des accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements conclus entre États[53], produira ainsi le droit international des investissements, appréhendé comme le *« modern field »* du droit de la protection des biens étrangers[54].

Bien que généré par un important réseau de TBI, le droit international des investissements est essentiellement alimenté par une jurisprudence arbitrale d'une richesse incommensurable, dont la sentence la plus mémorable est l'Affaire *AAPL c. Sri Lanka* du 27 juin 1990, eu égard à son impact sur cette nouvelle discipline[55]. Les sentences émises par le

---

MAHIOU (A.), « Du droit économique au nouvel ordre économique international : quelques réflexions », *Revue internationale de droit économique,* 2013/4, t. XXVII, pp. 523-532.

[51] ONU, *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, Résolution 3201 (S-VI) de l'Assemblée générale, United Nations Audiovisual Library of International Law, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_3201/ga_3201_ph_f.pdf, consulté le 10 mai 2020. Voir également CNUCED, *Résolutions adoptées sur le rapport de la commission spéciale de la sixième session extraordinaire*, AGNU, Sixième session extraordinaire, p. 11, disponible sur https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2776/download, consulté le 10 mai 2020.

[52] Sur les législations nationales en matière d'investissement, voir MBENGUE (M. M.), « National Legislations and Unilateral Acts of States », *in* GAZZINI (T.), DE BRABANDERE (E.), *International Investment Law* : *The Sources of Rights and Obligations*, Brill, 2012, pp. 183-204.

[53] DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.,* p. 15.

[54] CRAWFORD (J.), « Investment arbitration and the ILC articles on state responsibility », *ICSID Review*, Vol 25 (1), 2010, p. 127.

[55] ILM, *Asian Agricultural Products Ltd c. République de Sri Lanka*, 27 juin 1990, p. 580 ; voir le commentaire dans ITEN (J. L.), BISMUTH (R.), CREPET DAIGREMONT (C.), LE FLOCH (G.), DE NANTEUIL (A.), *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale,* Paris, Dalloz, 2018, p. 378.

CIRDI, ainsi que celles rendues dans le cadre d'arbitrages mixtes par les tribunaux arbitraux formés en son sein, ou dans d'autres institutions, en sont une source intarissable et consolidatrice. La rencontre entre les AII et la jurisprudence arbitrale ont facilité la naissance de ce droit qui, quoique relevant de l'ordre juridique international, tend à déborder ses frontières[56].

Singulier par son irréductibilité au droit international général, le droit international des investissements est une discipline en pleine expansion. Son objectif est de rendre les frontières des États plus poreuses, pendant que le droit international général tend à leur imperméabilité par la préservation de l'indépendance politique des États[57]. Par son effet direct, donnant droit aux personnes privées de l'invoquer, il s'en démarque plus largement et semble jouir d'une certaine autonomie[58].

Le droit international des investissements se trouve au carrefour du droit interne des États et du droit international, rendant malaisé l'effort d'identification des règles applicables à certaines opérations économiques. Même si les TBI ont vocation à s'appliquer sur le territoire de l'État d'accueil, ils ne réglementent pas l'ensemble des questions soulevées par l'opération d'investissement qui devra, dans tous les cas, se conformer au droit local[59]. À ce propos, Mathias Audit précisait que ce droit est *« l'ensemble des règles tant de droit international que de droit interne, ainsi que l'application juridictionnelle qui en est opérée, encadrant les flux transnationaux d'investissements et le traitement dont ils bénéficient dans l'État d'accueil »*[60]. De même, il est à la croisée des chemins entre le droit de la régulation des échanges et le droit du développement[61], les investissements étant globalement considérés comme un facteur de développement économique de l'État d'accueil[62].

---

[56]DANIC (O.), *L'émergence d'un droit international des investissements, op. cit.,*p. 9.

[57] Voir CARREAU (D.), JUILLARD (Ph.), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 5 èd, 2013, p. 7.

[58]AUDIT (M.), « Droit des investissements internationaux. Présentation des sources », *Jurisclasseur de droit international,* fasc. 572-50, 2009, p. 10. Pour une analyse approfondie de la place de la personne privée en droit international des investissements, voir PASCUAL-VIVES (F.), *La legitimación activa del individuo en el arbitraje de inversión,* Madrid, Arzandi, 2019, 312 p.

[59]*Ibidem,* p. 7.

[60]AUDIT (M.), « Droit des investissements internationaux. Présentation des sources », *Jurisclasseur de droit international,* fasc. 572-50, 2009, p. 4.

[61]Voir au sujet du droit international du développement, ROLDÁN BARBERO (J.), « Formación y ejecución de la normas », *in* HINOJOSA MARTÍNEZ (L. M.), ROLDÁN BARBERO (J.), (coord.), *Derecho internacional económico, op. cit.,* pp. 345-359 ; FLORY (M.),*Droit international du développement*, Presses universitaires de France, Paris, 1977, 336 p. ; BENNOUNA (M.), *Droit international du développement : Tiers monde et interpellation du droit international*, Paris, Berger-Levrault, , 1983, 335 p. ; PELLET (A.), *Le droit international du développement*, Paris, Presses Universitaires de France, , 1987, 127 p. ; FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, Paris, Dalloz, 1991, XXX-612 p.

[62]Sur la contribution des investissements internationaux au développement, voir notamment MONEBHURRUN (N.), *La fonction du développement dans le droit international des investissements*, Paris,

La singularité du droit international des investissements est par ailleurs prouvée par sa force à transcender la *summa divisio,* la distinction traditionnelle entre droit public et droit privé, fortement enracinée dans la tradition juridique germano-romaine. Les éléments relevant du droit public, notamment les traités, la coutume, les principes généraux du droit, la responsabilité internationale etc., cohabitent pacifiquement avec ceux émanant du droit privé, à savoir, l'arbitrage, les techniques d'articulation des droits internes, etc. Il s'agit donc d'une matière « hybride » et « jeune », dont l'importance est sans cesse croissante[63].

S'inscrivant dans *« le contexte de ces évolutions qui accélèrent actuellement le processus de mondialisation des relations économiques »*[64], le droit international des investissements serait dès lors conçu, comme toutes les règles adoptées au niveau international, *« pour définir le régime de la constitution et de la liquidation des investissements nationaux en territoire étranger, ou des étrangers en territoire national, ainsi que le régime du traitement et de la protection des investissements des étrangers en territoire national »*[65].

Branche spécialisée ou émancipée du droit international[66], limitée par son champ *ratione materiae*, il s'entend, en définitive, de l'ensemble des règles de droit international, matérielles et procédurales, coutumières et conventionnelles, qui établissent le cadre juridique de traitement, de protection, de garantie des investissements et de règlement des différends opposant un État à un investisseur[67]. Fort de leur nature internationale, ces règles se sont progressivement régionalisées dans le monde et, bien évidemment, en Afrique.

---

L'Harmattan, 2016, 594 p ; CHARVIN (R.), *L'investissement international et le droit au développement*, Paris, L'Harmattan, 2002, 203 p ; SCHILL (S.), TAMS (C. J.), HOFMANN (R.) (dir.), *International Investment Law and Development : Bridging the Gap*, Edward Elgar Publishings, Frankfurt, 2015, 488 p; SCHILL (S.), « International Investment Law as International Development Law », *Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2012-2013, pp. 327-355. DE SCHUTTER (O.), SWINNEN (J.), WOUTERS (J.), *Foreign Direct Investment and Human Development: The Law and Economics of International investments Agreements,* Routledge, 2012, 360 p, CNUCED, *L'investissement au service du développement : problématique actuelle,* 2011, 16 p*,* disponiblesurhttps://unctad.org/fr/Docs/ciimem3d11_fr.pdf, consulté le 12 juillet 2020.

[63]DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.,* p. 7.

[64]WÄLDE (W.T.), *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, IHEI Paris, Université Paris 2, Panthéon-Assas, Paris, Pedone, 2004, p.12

[65]JUILLARD (Ph), « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-384.

[66]JEAN (G-A.), *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris-Dauphine et Université Autonome de Madrid, 2016, p. 19.

[67]DEME (O.), « Quelle régionalisation pour le droit international des investissements », *in* DOUMBE-BILLE (S.), *La régionalisation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp.383-384.

## *II. Le contexte du régionalisme africain en droit international*

La compréhension préalable de la notion de régionalisme en droit international est indispensable **(a)** à l'explication du régionalisme africain en matière de réglementation des investissements **(b).**

### a) Le régionalisme international, un concept hétéroclite

Du fait de son éparpillement théorique et de son foisonnement sémantique, le régionalisme a, très tôt, provoqué une véritable effervescence doctrinale[68]. Appréhendé comme un phénomène de développement des normes et des organisations internationales propres à une partie de la communauté internationale, il prend le contrepied de l'universalisme, se détache de tout ce qui s'insère dans un système globalisant et se manifeste au double plan normatif et institutionnel[69]. Certains auteurs considèrent que ce phénomène porte atteinte à la logique unitariste du droit international général, en provoquant une fragmentation de la discipline[70]. Selon Georges Scelle, toutefois, il n'est qu'une « évolution naturelle » du droit international, une « décentralisation » sans précédent de cette discipline au sein de la société universelle ou œcuménique, à telle enseigne qu'on parle aujourd'hui de « droit international régional »[71]. Pour lui, *« [i]l existe un droit international universel*, *mais il existe également, à l'intérieur des familles d'États ou des peuples, des règles juridiques plus étroites, spéciales, traduisant des phénomènes de solidarité particuliers en règles de*

---

**68** La notion de régionalisme a donné lieu à une véritable effervescence doctrinale. Les premiers ouvrages à s'intéresser à la question de régionalisme ont permis de la conceptualiser et de saisir ses contours théoriques avant les développements qu'elle a connus dans le temps. Voir par exemple ÁLVAREZ (A.), *La réforme du Pacte de la Société des Nations sur des bases continentales et régionales*, Paris, Editions Internationales, 1926 ; SCELLE (G.), *Une crise de la Société des Nations*, *La réforme du Conseil et l'entrée de l'Allemagne à Genève* Paris, PUF, 1927 ; ARREGUI (J-R.), « Le régionalisme dans l'organisation internationale », *RCADI*, rec. 1935. III, vol. 53, pp. 7-90 ; VON FREYTAGH-LORINGHOVEN**,** « Les ententes régionales », *RCADI*, rec. 1936. II, vol.56, pp. 589-671 ; VELLAS (P.), *Le régionalisme international et l'Organisation des Nations Unies*, Paris, Pedone, 1948 ; BOUTROS-GHALI (B.)**,** *Contribution à l'étude des ententes régionales*, Thèse de doctorat en droit, Paris, 1949 ; ÁLVAREZ (A.), *Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples*, Paris, Pedone, 1959, 636 p.

**69**SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public,* Bruxelles, Bruylant 2001, p. 387.

**70**SOMA (A.), « La justification théorique du régionalisme africain en droit international pénal », *Revue burkinabè de droit,* N° 53, 2017*,* p. 98. Au sujet des effets de l'affermissement du régionalisme sur le droit international, voir DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 9 è éd., 2009, p. 89 et s., voir aussi MARTINEAU (A-C.), *Le débat sur la fragmentation du droit international,* Bruxelles, Bruylant, 2015, 584 p ; LEBEN (Ch.), « La fragmentation du droit applicable aux relations internationales – Remarques introductives de l'internationaliste publiciste », *in* BERGE (J-S.), FORTEAU (M.), NIBOYET (M-L.), THOUVENIN (J-M.), (dir.), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales*, Paris, Pedone, 2011, pp. 21-26. En matière d'investissement, Lire VAN AAKEN (A.), « Fragmentation of International Law : the Case of International Investment Law », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XVII, 2008, pp. 99-130, disponible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1097529, consulté le 11 juillet 2020 ; CONFORTI (B.), « Unité et fragmentation du droit international : Glissez, mortels, n'appuyez pas ! », *RGDIP,* 2007-1, pp. 5-18.

**71**SCELLE (G.), *Précis du droit des gens, Principes et systématique*, Paris, Sirey, 1932, pp. 271 et s.

*droit conventionnelles ou coutumières. C'est ainsi que l'on peut parler d'un droit international européen, américain, asiatique, ou même d'un droit sud-américain, d'un droit régional »*[72]. Une analyse que confirme le professeur Jesús-María Yepes lorsqu'il écrit que *« le régionalisme international est la conséquence immédiate de l'existence de ces droits particuliers* »[73].

Phénomène hétérogène et multidimensionnel observable dans plusieurs domaines du droit international[74], le régionalisme est, par conséquent, l'expression du pluralisme, du relativisme et du particularisme « immanents et nécessaires » à la société internationale[75]. Visible dans tous les coins du monde ; que ce soit en Europe[76], en Amérique[77] ou en Asie[78],

---

[72] Voir SCELLE (G.), *Une crise de la société des Nations, op. cit.,* p. 225. De là, il faut comprendre que non seulement la contiguïté géographique, mais également les liens de solidarité politique, économique, intellectuelle ou autres facteurs donnent naissance à des groupements régionaux et participent tous à la définition du régionalisme. Voir *Ibidem,* p. 215. Rodríguez Aguilera aussi se montre très lucide au sujet des critères de définitions du régionalisme. Pour lui, *«Es interesante destacar que el regionalismo, puede abordarse desde varios enfoques. Para comenzar, se puede inferir del regionalismo, una referencia especial, geográfica, sin embargo, las negociaciones están demostrando el interés por desarrollar acuerdos con paises y grupos sobre los cuales no hay proximidad geográfica»,* Voir RODRÍGUEZ AGUILERA (C. L.), « Consideraciones sobre las vinculaciones entre regionalismo y multilateralismo en comercio internacional », *INNOVA Research Journal,* Vol. 3, N° 4, 2018, p. 60. Les travaux de Hans Kelsen sur le régionalisme onusien résument d'une fort belle manière ce que sous-entend cette idée : *« a regional agreement is not an international agreement entered into by some, not all the members States of the United Nations. An agreement to which all the member States would be part could not be considered as 'regional'. But it is not required that parties to a regional arrangement be geographically neighbors. It is essential only that the actions of the organization established by the regional arrangement be restricted to a certain area, determined in the agreement »;* Voir KELSEN (H.)**,** « Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement? », *American Journal of International Law,* 1951, vol. 45, n°1, p. 162.

[73]YEPES (J-M.), « Les accords régionaux et le droit international », *RCADI*, vol.71, 1947, pp. 242.

[74] Le régionalisme se manifeste dans plusieurs domaines du droit international, notamment en droit international économique, les droits de l'homme et des peuples, le droit international de la sécurité collective. Il tend même à s'étendre à de nouveaux domaines. Voir SOMA (A.), « L'Africanisation du droit international pénal », *in* SADI, *L'Afrique et le droit international,* Paris, Pedone, 2015, p. 9.

[75]SOMA (A.), « La justification théorique du régionalisme africain en droit international pénal », *op. cit.,* p. 98.

[76] Il faut préciser que le régionalisme s'est affirmé à l'époque contemporaine à partir de la création d'une organisation d'envergure universelle, notamment la SDN, les prémices de ce phénomène ont germé sur le continent européen, mais il n'était pas question d'une exception à l'universalisme, mais plutôt un désir né de la communauté des intérêts des États géographiquement liés. A ce sujet, Voir HEFFTER (W.), *Le droit international de l'Europe*, Paris, Cotillon, 1883, pp. 22 et s.

[77] Selon Kwam Kouassi, le régionalisme américain *« est très ancien et s'est élaboré progressivement à partir du XIXè siècle au moment où la vague d'indépendance a secoué l'Amérique latine de telle sorte qu'elle [Amérique latine] est, de toutes les parties du monde que l'on regroupe sous la rubrique générale et indifférenciée de Tiers monde, la plus ancienne quant à ses possibilités d'expression internationale »* Voir KWAM KOUASSI (E.), *Les organisations internationales africaines,* Berger-Levrault, Coll. Monde en devenir, 1987, p. 98. Voir aussi ÁLVAREZ (A.), *Le droit international américain : son fondement, sa nature*, Paris, Pedone, 1910, pp. 24 et suiv.; voir également JIMÉNEZ DE ARECHAGA (E.), « L'évolution récente du régionalisme interaméricain », *in* SFDI, *Régionalisme et universalisme dans le droit international*, Paris, Pedone, 1977, pp. 45-60.

[78]ISOART (P.), « Le régionalisme en Asie du Sud-Est », », *in* SFDI, *Régionalisme et universalisme dans le droit international*, Paris, Pedone, 1977, pp. 73-111.

il n'a pas épargné l'Afrique[79]. Tout l'ordre international est irrigué par le flux irrésistible du régionalisme, dont les relations économiques internationales constituent un terreau fertile[80].

Le phénomène régional a gagné du terrain en matière d'investissement après s'être enraciné dans le système commercial multilatéral. L'émergence du régionalisme dans ce secteur est avant tout due à l'échec de la multilatéralisation du droit des investissements[81]. Depuis la fin de la Deuxième Guerre Mondiale, les tentatives de conclusion d'un traité multilatéral d'investissement ont connu des échecs répétitifs dans les différents *fora* organisés à cet effet. Les efforts massifs déployés par les pays exportateurs de capitaux en vue de l'adoption d'instruments juridiques multilatéraux relatifs au traitement des investisseurs étrangers se sont heurtés à l'opposition des pays en développement. Ces derniers considéraient cette démarche comme une limitation excessive de l'autorité des États d'accueil et, par ricochet, une atteinte à leur souveraineté[82].

Adoptée en 1948 sous la houlette des Nations Unies, la Charte de la Havane avait pour vocation de créer une Organisation internationale du commerce (OIC) et d'établir des règles de protection des investissements à l'échelle multilatérale. Le projet de création de l'OIC n'a toutefois pas pu recevoir une traduction matérielle. Aussi, les négociations ont accouché d'un texte qui ne contenait qu'une parcelle embryonnaire de normes relatives à la protection des investissements internationaux[83].

---

[79]Parmi l'abondante bibliographie relative au régionalisme africain, on peut mentionner, WODIE (F.), *Les groupements régionaux d'États en Afrique*, Thèse de doctorat en droit public, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1966, 275 p ; BIPOUN-WOUM (J. M.), Le droit international africain : problèmes généraux, règlement des conflits, Paris, LGDJ, 1970, 327 p ; KWAM KOUASSI (E.), *Les organisations internationales africaines, op. cit.,* 485 p ; TCHEMINA (A.), *Les évolutions du régionalisme africain*, Paris, L'Harmattan, 2013, 494 p.

[80] Fait évolutif, le régionalisme international se veut *« une perception réaliste de l'intégration économique dans la mesure où, à la vision maximaliste du mondialisme, il substitue une construction minimaliste de l'intégration économique ».* JACKSON (W.), (dir.), *Intégrations économiques internationales : Idéologies, méthodes institutionnelles et dynamiques spatiales,* Classiques Garnier, 2023, p. 115.

[81] Si la multilatéralisation du droit des investissements a globalement échoué, il reste que deux conventions multilatérales importantes ont pu être adoptées. Il s'agit de la Convention sur le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) conclue en 1965 et la Convention de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI) entrée en vigueur en 1988. Mais signalons que ces deux conventions ne contiennent pas des dispositions relatives à la protection des investissements comme l'envisageaient les autres projets.

[82]SCHILL (S.), *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 32.

[83]La Charte de la Havane s'est fendue d'une disposition qui a beaucoup plus l'air d'une recommandation que d'une obligation. D'un ton « mou » et non contraignant, elle s'est contentée d'inviter les États parties à *« accorder des possibilités raisonnables d'investissement aux capitaux qu'ils sont disposés à accepter, et à assurer des conditions suffisantes de sécurité aux investissements existants et à venir […] à tenir dûment compte du fait qu'il convient d'éviter la discrimination entre investissements étrangers ».* Lire Article 12 § 2 de la Charte de la Havane. L'on se rend à l'évidence que dans ce texte, *« domestic policy goals were to be prioritized over international standards for investment policy »,* Voir DATTU (R.), « A Journey from Havana

Le Projet de Convention de l'OCDE sur la protection internationale de la propriété privée est un autre exemple de l'échec du multilatéralisme en droit des investissements. Achevé en 1967, ce document, conçu comme une convention multilatérale de protection des investissements pour être ouverte à la signature des États membres et non-membres de l'OCDE, n'a jamais été adopté[84]. Toujours au sein de l'OCDE, les négociations lancées en 1998 pour l'adoption d'un Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) ont été peine perdue[85]. Dans une période plus récente, l'insuccès des négociations sur le traité multilatéral d'investissement tenues à l'OMC a laissé apparaître de véhémentes contestations du système multilatéral en matière d'investissement[86].

La somme de ces revers aura été suffisante pour que les États optent pour la voie bilatérale. C'est ainsi que le premier TBI sera conclu entre la République Fédérale d'Allemagne et le Pakistan en 1959[87]. Néanmoins, c'est à partir des années 1990 que l'on va être témoin d'une explosion du nombre de TBI dans le monde entier. Le recours systématique des États à ces instruments juridiques a énormément contribué à leur propagation. Nonobstant leur croissance exponentielle, les TBI se sont heurtés à une concurrence provoquée par des poussées régionalistes. Concrètement, de nombreux accords se rapportant à la régulation des investissements ont fait irruption dans le cadre des organisations régionales d'intégration économique. Les plus anciennes engagées dans ce processus sont l'Union Européenne (UE), avec plusieurs textes adoptés avant le Traité de Lisbonne, l'Accord de Libre-échange Nord-américain (ALENA), le *Mercado Común del Sur* (MERCOSUR) en Amérique du Sud, la Communauté Caribéenne (CARICOM) en Amérique centrale, la Communauté Économique d'Asie Pacifique (APEC) et l'Association des Nations d'Asie du Sud Est (ASEAN) en Asie[88].

---

to Paris: The Fifty-Year Quest for the Elusive Multilateral Agreement on Investment », *Fordham International law Journal*, Vol. 24, Issue I, 2000, p. 288.

[84]SCHILL (S.)*, The Multilateralization of International Investment Law, op. cit*., pp. 35-36; Voir aussi ARES (M.), BOULANGER (E.), « Le régime international des investissements: où en sommes-nous? », *in* ARES (M.), BOULANGER (E.), (ed.), *L'investissement et la nouvelle économie mondiale: trajectoires nationales, réseaux mondiaux, normes internationales,* Bruylant, Bruxelles, p.16.

[85] Voir SFDI, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?* Paris, Pedone, 1999, 140 p., SCHILL (S.), *The Multilateralization of International Investment Law, op. cit*., pp. 53-56.

[86] *Ibidem,* pp. 58-60.

[87] Le Traité entre la République Fédérale d'Allemagne et le Pakistan pour la protection et la promotion des investissements fut signé le 25 novembre 159 et entré en vigueur 28 avril 1962.

[88]SCHILL (S.), *The Multilateralization of International Investment Law, op. cit*., pp. 41-43. La volonté d'intégration économique de États membres de ces organisations régionales ne date pas d'aujourd'hui. Voir TSHIYEMBE (M.), *Régionalisme et problèmes d'intégration économique : Aléna, Mercosur, Union européenne, Union africaine*, Paris, L'Harmattan, 2012, 206 p.

De nature essentiellement bilatérale, les normes relatives à la promotion et la protection des investissements ont progressivement migré vers la sphère régionale. Pour être compétitifs sur le marché mondial et attractifs pour les investisseurs, les États ayant « une parenté géographique » ou une « proximité historique » se sont lancés dans une entreprise d'établissement d'un cadre commun de régulation des investissements. En réalité, les défis posés par la mondialisation économique et la globalisation financière les y obligent[89].

« Régionalisme » et « intégration régionale »[90] sont devenus les maîtres-mots sur le continent africain qui, comme le soulignait le professeur Diez de Velasco Vallejo, se caractérise par *« son morcellement en une multitude d'États et par la faiblesse historique de ceux-ci en tant que structure juridico-politique »*[91]. Ce qui a, très tôt, imposé *« la coopération régionale comme nécessaire, en vue de répondre de manière concertée aux défis communs »*[92] qui se posent aux États.

**b) Le régionalisme africain, un phénomène protéiforme**

Le phénomène régional est apparu en Afrique dès les premières années de la décolonisation[93]. L'arrivée massive des États africains nouvellement indépendants sur la scène internationale s'est accompagnée d'un ardent désir de ces derniers de se regrouper dans des organisations aux structures juridiques diverses et aux ambitions communes. Presque tous les États africains ont souscrit à l'idée d'intégration régionale. Déclenché à la Conférence d'Addis-Ababa, ayant porté l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) sur les fonts baptismaux[94], le régionalisme africain était, au départ, politique. Mais, sous la double

---

[89] DEME (B. H.), « Quelle régionalisation pour le droit international des investissements ? », *in* DOUMBE-BILLE (S.), *La régionalisation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, pp.385-386.

[90] Il faut toutefois souligner que « régionalisme » et « intégration régionale » constituent deux notions relativement distinctes. *« Le premier désigne un phénomène diffus et général dont l'implication d'une structure institutionnelle ou normative n'est pas indispensable ; à l'inverse de la seconde qui, au sens strict, ne demeure qu'une forme d'expression du premier, induisant forcément un cadre institutionnel ».* TCHAMENI (A.), *Les évolutions du régionalisme africain*, *op. cit.,* p. 21.

[91] DIEZ DE VELLASCO VALLEJO (M.), *Les organisations internationales*, Paris, Economica, 2002, p. 820.

[92] DOUMBE-BILLE (S.), « La multiplication des organisations régionales en Afrique : concurrence ou diversification ? », *in* FAU-NOUGARET (M.), (dir.), La concurrence des organisations régionales en Afrique, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 21.

[93] KOUASSI (E. K.), « Les organisations internationales », *in* CAMARA, J. OWONA (S.), *Encyclopédie juridique de l'Afrique*. *Tome deuxième : Droit international et relations internationales*, Abidjan, Dakar, Lomé, Les Nouvelles Editions africaines, pp. 173-206 ; voir aussi STEPHAN (L.), « El regionalismo en África, los desafíos de la Unión africana », p. 3, https://www.academia.edu/38492460/Seminario_Africa_L%C3%A9na_Stephan, consulté le 15 juillet 2020.

[94] Il convient de rappeler que bien avant la naissance de l'Organisation de l'unité africaine, il existait des regroupements africains ayant des intérêts plus ou moins antagonistes. La concurrence entre ces groupements d'États provoquait un morcellement de l'Afrique. D'où l'idée de créer une organisation d'envergure continentale qui pouvait renforcer les liens entre les États et faciliter l'unité africaine. Voir BORELLA (F.), « Le régionalisme africain et l'Organisation de l'Unité africaine », *AFDI*, volume 9, 1963, pp. 838-859. Pour

pulsion du panafricanisme et de l'intégration économique, les démarches solidaires envisagées, commandées originellement par la lutte pour la libération du continent africain, ont été plus tard dictées par la recherche du développement économique et social[95].

Si la fièvre régionaliste a atteint des domaines importants tels que les droits de l'homme, la sécurité collective et le droit international pénal ; elle a reçu un ancrage profond en matière économique. Comme l'indique la CNUCED, *« le régionalisme, en particulier pour une intégration des marchés au niveau régional, était un moyen d'aider les pays africains à surmonter les problèmes structurels auxquels ils étaient confrontés* »[96]. Abondant dans le même sens, Ousséni Illy précise que *« l'intégration régionale s'inscrit dans la stratégie africaine de développement économique »*.[97]

À la suite du démantèlement et de la modification des premières expériences d'intégration économique[98], conjugués avec l'échec du Nouvel ordre économique international tant désiré par les pays en voie de développement[99], un nouveau vent de régionalisme a soufflé sur le continent africain à partir du milieu des années 1970 avec la création d'un certain nombre d'organisations régionales[100]. Toutefois, ce phénomène a

---

mieux comprendre les débuts du régionalisme africain. Voir BORELLA (F.), « Le régionalisme africain en 1964 », *AFDI,* vol. 10, 1964, pp. 621-637 ; BIPOUN-WOUM (J-M.), *Le Droit international africain : Problèmes généraux, règlements des conflits,* Paris*,* LGDJ*,* 1970, 325 p.

**95** DOUMBE-BILLE (S.), « La multiplication des organisations régionales en Afrique : concurrence ou diversification ? », *op. cit.,* p. 21. Le phénomène régionaliste répond désormais à deux nécessités : *« la première était de renforcer l'unité politique au niveau panafricain. La seconde consistait à promouvoir la croissance économique et le développement ».* CNUCED, *Renforcer l'intégration économique régionale pour le développement de l'Afrique*, Rapport 2009, New York et Genève, 2009, p. 1. Voir aussi DIAZ BARRADO (C. M.), « Nuevas perspectivas de las instituciones económicas en el espacio económico africano: avances políticos y normativos », *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 28, 2012, p. 63.

**96**CNUCED, *Renforcer l'intégration économique régionale pour le développement de l'Afrique*, *op. cit.,* p. 1.

**97**ILLY (O.)*, L'OMC et le régionalisme, le régionalisme africain*, *op. cit.,* p. 134.

**98** La création de la première organisation d'intégration économique en Afrique remonte à l'époque coloniale. Il s'agit de l'Union douanière d'Afrique australe (SACU) qui vit le jour le 29 juin 1910 sous l'égide des Britanniques. Plus tard seront mises sur pied l'Union douanière de la Rhodésie du Sud en 1949, l'Accord commercial entre le Ghana et la Haute-Volta en 1962, le Marché commun africain créé en 1962 unissant alors l'Algérie, la République arabe unie composée de l'Égypte et de la Syrie, le Ghana, la Guinée, le Mali et le Maroc. Toujours en 1962 fut créée l'Union douanière équatoriale à laquelle l'Union douanière des États d'Afrique centrale (UDEAC) a succédé. La Communauté de l'Afrique de l'Est, elle fut érigée en 1967, Voir ILLY (O.)*, L'OMC et le régionalisme, le régionalisme africain*, *op. cit.,* p. 134.; MULAT (T.), « Multilateralism and Africa's Regional Economic Communities », *Journal of World Trade,* n° 32, 1998, p. 115 ; UNECA, *État de l'intégration régionale en Afrique, op. cit.*, p. 29.

**99**Voir ILLY (O.)*, L'OMC et le régionalisme, le régionalisme africain*, *op. cit.,* p. 134.

**100** Trois organisations régionales seront créées en Afrique de l'Ouest : la Communauté des États de l'Afrique de l'Ouest (CEAO) en 1973, l'Union du Fleuve Mano en 1974 et la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) en 1975. En Afrique centrale les organisations suivantes verront le jour : la Communauté Économique des Pays des Grands Lacs (CEPGL) en 1976 et l'Union douanière des États de l'Afrique Centrale (UDEAC) qui sera complétée par la Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale (CEEAC) en 1983 ; ILLY (O.)*, L'OMC et le régionalisme, le régionalisme africain*, *op. cit.,* p. 134.

véritablement pris son envol dans le paysage économique à partir des années 1990[101]. Il est caractérisé par la prolifération d'initiatives d'intégration régionale et, partant, par la participation des pays africains à divers accords commerciaux régionaux (ACR)[102]. Selon la Banque Africaine de Développement (BAD), *« cet impératif (le régionalisme africain) a pris encore plus de relief face aux pressions de la mondialisation à un moment où l'Afrique s'efforce d'en relever les défis, et de surmonter les difficultés qu'elle engendre dans les domaines du commerce international pour attirer les flux d'investissements directs étrangers vers les pays en développement »*[103].

De type intégrationniste et institutionnalisé, le régionalisme africain, dans sa dimension économique, se présente sous deux formes, notamment le « continentalisme » et le « sous-régionalisme »[104]. La première constitue une tentative de réponse à l'appel panafricaniste qui a poussé les États africains à envisager l'instauration d'un espace commun les réunissant : l'Organisation de l'Unité africaine (OUA). La noble visée économique de cette forme d'intégration, transcrite dans le Plan d'action de Lagos de 1980[105], était pourtant limitée par la faiblesse organique et fonctionnelle de l'institution qui l'incarnait. Réduite à une simple organisation de coopération intergouvernementale dépourvue de pouvoir supranational[106], la jeune organisation panafricaine a fait l'objet de critiques qui ont finalement conduit à sa rénovation, afin de lui assigner des objectifs précis et plus ambitieux. Ainsi verra le jour, l'Union africaine (UA), en lieu et place de l'OUA, à l'issue de l'adoption d'un Traité constitutif le 11 juillet 2000 à Lomé au Togo[107].

---

[101]LAVERGNE (R.) (dir.), *Intégration et coopération régionales en Afrique de l'Ouest*, Paris-Ottawa, Karthala-CRDI, 1996, p. 6 ; Voir également BACH (D. C.), *Regionalization in Africa, Integration and Disintegration,* Indiana University Press, 1999, p. 6.

[102]CNUCED, *Renforcer l'intégration économique régionale pour le développement de l'Afrique, op. cit.* p. 10 ; voir aussi EXPOSITO (P.), MOHEDANO (I.), « Proceso de integración en África », *Estudios Económicos de Desarrollo Internacional,* vol. 4, 2004, pp. 105-134. Sur les Accords commerciaux régionaux (ACR), voir généralement SEGURA SERRANO (A.), « Los Acuerdos Comerciales Regionales », *in* HINOJOSA MARTÍNEZ (L. M.), ROLDÁN BARBERO (J.) (coord.), *Derecho internacional económico*. 2ª ed., *op. cit.,* pp. 237-255.

[103]BAD, *Stratégie du groupe de la banque en matière d'intégration régionale 2009-2012,* 4 février 2009, p. 2.

[104]ILLY (O.), *L'OMC et le régionalisme, le régionalisme africain*, *op. cit.,* p. 135.

[105] Le Plan d'action de Lagos a été adopté en avril 1980 dans un contexte de crise économique structurale profonde, Voir COLOM JEAN (A.), « La UNCTAD y la integración regional en África », *Nova África*, n° 26, 2010, pp. 97 et s. Ce Plan d'action avait trois objectifs principaux : a) une croissance économique forte et durable ; b) la transformation des structures économiques et sociales, et c) une base de ressource durable. Une intégration régionale et sous-régionale constituait le principal mécanisme pour restructurer le continent africain fragmenté et transformer les institutions régionales et sous-régionales plus cohérentes et plus robustes », CNUCED, *Renforcer l'intégration économique régionale pour le développement de l'Afrique, op. cit.* p. 9.

[106]KABUNDA BADI (M.), « La integración regional en África : Análisis político, jurídico y económico », *Cuadernos de Estudios Económicos y Empresariales,* N° 40, 2001, p. 97.

[107] Sur l'Union africaine, lire TCHIKAYA (B.), *Le droit de l'Union africaine : Principes, institutions et jurisprudences,* Paris, LGDJ, 366 p ; lire également MVELLE (G.), *L'Union africaine. Fondements, organes,*

La nouvelle organisation, censée corriger les vices de sa devancière, répond justement aux objectifs politiques des États membres et prête surtout une attention particulière aux questions économiques. On constate que *« contrairement à l'Organisation de l'unité africaine, l'Union africaine est calquée sur le modèle de l'Union européenne et l'économie sera l'un de ses principaux centres d'intérêt »*[108]. Trouvant son fondement dans le Traité d'Abuja de 1991 portant création de la Communauté économique africaine (CEA), ce modèle d'intégration va bien au-delà des accords commerciaux classiques, souvent considérés comme des instruments de l'intégration régionale, pour préconiser une stratégie de développement à long terme, sur fond d'intégration des secteurs économiques et non-économiques[109].

Le « continentalisme », elle s'inscrit en effet dans *« l'aspiration plus large à l'intégration du continent, qui trouvait ses racines dans le mouvement panafricain pour les valeurs partagées, l'autonomie collective pour le développement et l'indépendance économique »*[110]. La réalisation d'une intégration économique continentale serait sa destination finale. Et pour y parvenir, les regroupements régionaux, conçus comme des étapes intermédiaires devant mener à une intégration au niveau continental, sont appelés à se fondre dans une communauté unique, la CEA[111].

Quant à la seconde forme, notamment le « sous-régionalisme », elle se caractérise par l'existence d'une panoplie d'organisations d'intégration régionale créées sur une base strictement géographique. À l'évidence, les Communauté Économiques Régionales font florès sur le continent africain[112]. Ce qui a conduit la Commission de l'Union africaine à ne

---

*programmes et actions,* Paris, L'Harmattan, 2007, 466 p. ; ZORGHIBE (Ch.), « De l'OUA à l'Union africaine », *Géopolitique africaine*, N° 1, (2000-2001), pp. 91-108 ; DJIENA WEMBOU (M. C.), *L'OUA à l'aube du XXI è siècle : bilan, diagnostic et perspectives*, Paris, LGDJ, 1993, p. 411 ; GLELE-AHANHANZO (M.), *Introduction à l'Organisation de l'unité africaine et aux organisations internationales africaines,* Paris, LGDJ, 1986, 574 p.

[108]UNECA, *L'État de l'intégration régionale en Afrique, op. cit.,* p. 20.

[109]*Idem.*

[110] Voir CNUCED, *Renforcer l'intégration économique régionale pour le développement de l'Afrique, op. cit.,* p. 8, sur la Communauté économique africaine, lire également MAHIOU (C.), « La Communauté économique africaine », *AFDI,* vol. 39, 1991, pp. 798-819.

[111]Ainsi que le soulignait le professeur Diaz Barrado, *« Los agrupamientos regionales y subregionales se conciben, desde el principio como etapas intermedias que han de conducir, necesariamente, a una integración de alcance continental y, por ello, las instituciones económicas que van surgiendo se conciben como escalones que configuran, para el futuro, la plena integración económica en África »,* DIAZ BARRADO (C. M.), « Nuevas perspectivas de las instituciones económicas en el espacio económico africano : avances políticos y normativos », *op. cit*., p. 73. Cf Article 6 du Traité d'Abuja.

[112]De nos jours, on compte au total quatorze CER en Afrique. Six CER coexistent au sein de la sous-région d'Afrique australe et orientale : le Marché Commun de l'Afrique australe et orientale (COMESA), la Communauté de Développement de l'Afrique australe (SADC), la Communauté de l'Afrique de l'Est (CAE), l'Autorité Intergouvernementale pour le Développement (IGAD) la Commission de l'Océan Indien (COI) et

reconnaître officiellement que huit (08) d'entre elles comme constituant les blocs d'édification de la CEA, en vue de limiter la complexité et l'incohérence provoquées par leur nombre[113]. À ce stade, *« l'intégration régionale en Afrique obéit au schéma classique fondé sur la proximité géographique, le voisinage immédiat des pays et la coopération politique à travers la coopération économique »*[114].

« Fait ancien », le régionalisme n'a, en revanche, pris aucune ride. *« Il est resté là, comme une princesse de conte de fée […] faisant tapisserie, en attendant patiemment dans un coin qu'on veuille bien se soucier d'elle, l'inviter au bal et lui reconnaître la place qui lui est due »*[115]. Riche de sa promesse de développement, ce phénomène a effectivement connu une telle fortune en Afrique qu'il a été considéré comme *« une possible panacée »*[116] aux problèmes d'ordre politique et économique du continent. L'intégration économique régionale, qu'il a secrétée, est devenue pour les États africains, *« l'approche rationnelle de gestion de l'économie en vue de mieux résoudre des problèmes fort complexes liés aux*

---

l'Union Douanière de l'Afrique Australe (SACU). L'Afrique occidentale en compte trois notamment, l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA) l'Union du Fleuve Mano (UFM) et la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO). A l'instar de l'Afrique occidentale, on dénombre trois CER en Afrique centrale : la Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale (CEEAC), la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) et la Communauté des Pays des Grands Lacs (CEPGL). En Afrique du Nord, on citera l'Union Maghreb Arabe (UMA). Voir NDOMO (A.), *Regional Economic Communities in Africa : A Progress Overview,* GTZ, 2009, p.11; ILLY (O.), *L'OMC et le régionalisme. Le régionalisme africain*, Bruxelles, Larcier, 2012*,* pp. 145-184 ; TALL (S. N.), *Droit des organisations internationales africaines : Théorie générale, droit communautaire comparé, droit de l'homme, paix et sécurité,* Paris, L'Harmattan, 2015, 548 p ;CANO LINARES (M. A.), « Africa y sus Comunidades Económicas Regionales », *in* FERNANDEZ LIESA (C.), CAÑO LINARES (M. A.), (Coord.), *Los procesos de integracion ante la crisis financiera internacional*, Madrid, Arazandi Civitas, 2012, pp. 309-354 ; BENAVIDES DE LA VEGA (L.), *Actores regionales y subregionales en Africa subsahariana,*Socios y lineas de trabajo para la cooperación espanola, Madrid, 2007, pp. 70-103 ;

**113** Il s'agit de l'Union Maghreb Arabe (UMA), la Communauté d'Afrique de l'Est (CAE), la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC : *Southern African Development Community*), la Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale (CEEAC), le Marché commun d'Afrique australe et orientale (COMESA : *Common Market of Southern and Eastern Africa*), l'Autorité intergouvernementale pour le Développement (IGAD), la Communauté des États Sahélo-sahariens (CEN-SAD). Voir NDOMO **(**A.), *Regional Economic Communities in Africa. A Progress Overview, op. cit.,*p. 11; voir aussi ILLY **(**O.), *L'OMC et le régionalisme : le régionalisme africain, op. cit.,*pp. 146-185. Il faut préciser que le Traité d'Abuja entré en vigueur en 1994, dans sa Résolution CM/Res.464 (XXVI) du Conseil des ministres de l'Organisation de l'Unité africaine, avait divisé le continent africain en cinq régions notamment, l'Afrique du Nord, l'Afrique de l'Ouest, l'Afrique australe, l'Afrique de l'Est et l'Afrique centrale. La BAD reconnaît aussi ces cinq zones régionales établies par l'Union africaine. Voir BARTESAGHI (I.), PEREIRA (M. E.), « Los procesos de integración en África : Desarrollo en contextos adversos », *Revista de la Pontifica Universidad del Ecuador*, 2015, pp. 4-5, disponible sur http://www.puce.edu.ec, consulté le 12 juin 2020.

**114**UNECA, *État de l'intégration régionale*, *op. cit.,* p. 1.

**115**SOBZE (S. F.), « Régionalisme et souveraineté des États en Afrique », in *Mélanges en l'honneur du professeur Koffi Ahadzi-Nonou : L'État inachevé,* Presses Universitaires Juridiques de Poitiers, 2021, p. 176.

**116** « *Regionalism has been regarded as a possible panacea for the continent's political and economic governance problems* », NDOMO (A.), *Regional Economic Communities in Africa: A Progress Overview, op. cit.,* p. 8.

*besoins des collectivités, aux désirs des populations, aux sensibilités humaines et surtout aux défis technologiques actuels »*[117].

La passion suscitée par les rapports entre l'Afrique et l'OMC[118] a longtemps cloisonné l'étude du régionalisme africain au commerce international. Le secteur des investissements internationaux attirait peu de chercheurs. Il était, à la limite, ignoré. La raison en est qu'initialement, et contrairement aux questions relatives au commerce international, *« l'investissement n'a pas été pensé pour faire l'objet d'intégration pour des raisons politico-juridiques et politico-économiques, ce qui a privilégié la voie nationale et la voie bilatérale en matière de protection et de promotion des investissements »*[119]. Logiquement, en matière d'investissement international, le régionalisme africain est toujours dans une phase de maturation.

## *III. Le développement du droit international des investissements en Afrique*

La décolonisation des territoires africains a précipité l'édiction des premiers textes relatifs aux investissements[120]. Nouveaux acteurs apparus sur la scène internationale, les États africains ont donné leur consentement à être liés par une batterie de règles internationales relatives aux investissements dans le but de favoriser les flux de capitaux étrangers dans leurs économies nationales. Cette adhésion massive au régime international des investissements s'est matérialisée par leur participation à une multitude d'accords internationaux d'investissement, dont l'essentiel a été conclu au milieu des années 1990 et au début des années 2000. Leurs relations bilatérales avec les pays exportateurs de capitaux sont devenues florissantes et ont contribué à la production de règles internationales relatives la protection des investissements[121].

Les trois premiers TBI entre pays africains et pays exportateurs de capitaux, à savoir le TBI Tchad - France conclu en 1960, le TBI Togo - Allemagne de 1961, puis le TBI Niger – Suisse de 1962[122], constituent l'amorce d'une nouvelle politique qui a connu une ascension

---

[117] AGBOBLI (E. M.), « Dynamique de l'intégration régionale CEDEAO », *in* Afrique de l'Ouest : historique, diagnostic, perspectives, *Revue du CAMES*, Nouvelle Série B, vol. 007, n° 2, 2006, p. 282.

[118] Voir à ce sujet ILLY (O.), *L'OMC et le régionalisme : le régionalisme africain*, Bruxelles, Larcier, 2012, 333 p ; Voir également VINCENT (P.), *L'OMC et les pays en développement*, Bruxelles, Larcier, 2010, 398 p.

[119] Voir GHELDICH (G.), « Intégration et régionalisme africain : où en est l'Union africaine », Compte-rendu de la première journée d'études du 1er novembre 2018.

[120] BENCHENEB (A.), « Sur l'évolution de la notion d'investissement », *op. cit.* , p. 180.

[121] MBENGUE (M. M.), « Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law, ICSID Review, vol. 0, N° 0, 2019, p. 3.

[122] UNCTAD, *International Investment Agreement Database,* disponible sur http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA, consulté le 10 janvier 2020.

fulgurante, en partie, justifiées par les liens qu'entretiennent les puissances coloniales et leurs anciennes colonies[123]. Dans les pays les moins avancés (PMA), les TBI apparaissent comme des outils d'approfondissement, non seulement des relations économiques, mais également diplomatiques avec les pays industrialisés[124]. Si traditionnellement ces TBI ont été conclus entre les pays du Nord et les pays du Sud, la tendance a changé avec de plus en plus de TBI négociés exclusivement entre les pays du Sud. La croissance numérique des TBI intra-africains[125] et le renforcement de la coopération Sud-Sud en sont une illustration[126].

Hormis les TBI, les États africains ont signé et ratifié plusieurs accords multilatéraux se rapportant directement ou indirectement à la régulation des investissements. Il en est ainsi de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC)[127], de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)[128], de la Convention de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI)[129], de la Convention du CIRDI et de l'adhésion à la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI)[130]. Parties à ces différentes conventions, les États africains ont accepté de respecter leur contenu et de prendre toutes les mesures juridiques et politiques nécessaires à la mise en œuvre des principales clauses qu'elles renferment[131]. À titre d'exemple, aux

---

[123]ADELEKE (F.), *International Investment Law and Policy in Africa. Exploring a Human Right Based Approach to Investment Regulation and Dispute Settlement,* Routledge, 2017, p. 2; Voir également PAEZ (L.), « Bilateral Investment and Regional Investment regulation in Africa: Towards a Continental Investment Area? », *Journal of World Investment and Trade*, vol. 18, 2017, p. 381.

[124]CHIDEDE (T.), « The right to Regulate in Africa's International Investment Law », *Oregon Review of International Law*, vol. 20, 2017, p. 438.

[125]Voir PAEZ (L.), « Bilateral Investments Treaties and Regional Investment Regulation in Africa: Towards a Continental Investment Area », *Journal of World investment and Trade,* vol. 18, 2017, pp. 385-387.

[126] C'est l'exemple des BRICS (Brésil, Russie, Inde, Chine, Afrique du Sud) qui constituent de nos jours un fort réseau de coopération en matière économique. L'importance de la coopération Sud-Sud en matière d'investissement a été, à moults occasions, souligné. Voir IISD, *Remodeler le droit et la politique d'investissement pour appuyer le Programme de développement à l'horizon 2030,* Tenth Annual Forum of Developing Countries Investment Negotiators, Rapport de réunion, Colombo, Sri Lanka, November 2016, p. 2, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/meterial/10th-annual-forum-report-fr.pdf, consulté le 12 juillet 2021. Voir aussi CHOUKROUNE (L.), « Les BRICS et le droit international du commerce et de l'investissement : en autonomie et intégration », *in* GHERARI (H.), (dir.), *Les dérèglements économiques internationaux : crise du droit ou droit des crises ?,* Paris , Pedone, 2014, pp. 203-227.

[127] Voir OMC, *l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce*, disponible sur https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/18-trims.pdf, consulté le 13 juillet 2020, voir également LOWENFELD (A. F.), *International Economic Law*, Oxford University Press, 2nd ed., 2008, pp.110-116.

[128]OMC, *L'Accord général sur le commerce des services,* disponible sur https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/26-gats_01_f.htm, consulté le 13 juillet 2020 ; voir également LOWENFELD (A. F.), *International Economic Law, op. cit.*, pp.117-142.

[129]La Convention portant création de l'AMGI a été ouverte à la signature le 11 octobre 1985 et entrée en vigueur en 1988. Voir SHIHATA (I. F. I.), « L'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements », *AFDI*, vol. 33, 1987, pp. 601-613.

[130]La CNUCDI a été créée par l'Assemblée générale des Nations unies par sa résolution 2205 (XXI) en date du 17 décembre 1966.Voir CNUDCI, disponible sur https://uncitral.un.org/fr, consulté le 13 juillet 2020.

[131]CHIDEDE (T.), « The Right to Regulate in Africa's International Investment Law », *op. cit.,* p. 441.

termes du MIC adopté lors de l'Uruguay round tenu de 1986 à 1994, tous les États membres de l'OMC s'accordent à ne pas appliquer des mesures d'investissement qui restreignent ou faussent le jeu des échanges de marchandises[132]. Ils doivent en faire de même pour l'AGCS en matière d'investissement.

L'adhésion des États africains à la Convention de l'AMGI, institution internationale de développement, est également une forme de reconnaissance d'un cadre juridique des investissements qui dépasse les limites strictement nationales ou bilatérales. Filiale du Groupe de la Banque mondiale, cette agence, dont l'objectif est d'*« encourager les flux d'investissement à destination des pays en développement et entre pays en développement eux-mêmes, en délivrant des garanties contre les risques non commerciaux et menant à une gamme étendue d'activités promotionnelles »*[133] compte actuellement cinquante-trois (53) États africains[134].

Par sa participation active à l'adoption de la Convention du CIRDI en 1965, l'Afrique a défriché le terrain pour l'enracinement du droit international des investissements[135]. Que ce soit à la phase des négociations, de la rédaction et de l'entrée en vigueur de cette Convention qui prévoit des procédures légales de règlement des différends liés aux investissements, l'on note une contribution déterminante du continent africain à cette discipline[136]. La présence effective des États africains à la CNUDCI, qui vise à promouvoir l'harmonisation et l'unification progressive du droit commercial international en mettant en place des instruments juridiques, y compris ceux relatifs aux investissements, est un fort témoignage de l'importance croissante du continent noir dans la réglementation internationale des investissements[137].

---

[132]Les MIC sont principalement axées sur les mesures d'investissement affectant le commerce des biens. L'ensemble des pays africains membres de l'OMC ont pris des engagements sectoriels et/ou horizontaux découlant des MIC. Ces engagements connus sous l'appellation « présence commerciale » et « présence de personnes physiques » rendent comptent de la subordination voulue par des États africains à un régime juridique des investissements conçu à l'échelle multilatérale. UNECA, *Politique d'investissements et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : implications pour l'intégration régionale,* Publications de l'UNECA, pp. 15-16.

[133]SHIHATA (I. F. I.), « L'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements », *AFDI*, vol. 33, 1987, p. 602.

[134]WORLD BANK GROUP, *Members countries*, disponible sur https://www.miga.org/member-countries, consulté le 12 février 2020.

[135] La Convention du CIRDI a été ouverte à la signature le 18 mars 1965. Mais elle est entrée en vigueur le 14 octobre 1966.

[136]LE CANNU (P-J.), « Foundation and Innovation : The Participation of African States to ICSID Dispute Resolution system », *ICSID Review,* Vol. 33, N° 2, 2018, p. 457.

[137] DAVID (R.), « La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International », *AFDI,* vol. 16, 1970, pp.453-474.

L'on ne saurait éluder le fait que certains instruments juridiques portant sur les investissements, adoptés au sein de l'Organisation de Coopération et de Développement Économique (OCDE)[138], ont relativement impliqué les États africains dans leur processus d'internationalisation. Évoquons, entre autres, la Déclaration et les Décisions de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales[139], le Code de l'OCDE de la libération des mouvements de capitaux[140] et le Cadre d'action pour l'investissement[141].

Bien d'autres cadres multilatéraux touchant aux investissements ont bénéficié de la contribution, ou vu la participation de l'Afrique. Quoique conçus, pour la plupart, comme modèle ou guide de référence aux pays dans l'élaboration de leurs politiques d'investissement, ces documents ont servi de socle au droit international des investissements. Parmi la mosaïque d'instruments disponibles, l'on mentionnera volontiers le Code de bonne conduite des Nations Unies pour les sociétés transnationales, les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, la Déclaration de principes tripartite de l'Organisation internationale du travail (OIT), les directives de la Banque

---

**138** Créée le 30 septembre 1961, l'OCDE est un forum au sein duquel les gouvernements des pays favorables à une démocratie de marché *« œuvrent de concert pour relever les défis économiques, sociaux et de gouvernance liés à la mondialisation »*. C'est une organisation internationale d'études économiques qui *« aide les gouvernements à œuvrer pour la prospérité et à lutter contre la pauvreté en favorisant la croissance économique, la stabilité financière, les échanges et l'investissement, le progrès technologique, l'innovation, l'esprit d'entreprise et la coopération pour le développement »,* OCDE, *L'OCDE*, Editions OCDE, Paris, 2008, p. 7, disponible sur http://www.oecd.org/fr/presse/34012045.pdf, consulté le 5 juin 2020. Cette organisation compte aujourd'hui 37 États membres et s'appuie sur les travaux de plusieurs centaines d'experts.

**139**OCDE, *La Déclaration et les décisions de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales,* disponible sur https://www.oecd.org/fr/investissement/politiques-investissement/ladeclarationdelocdeetlesdecisions.htm, consulté le 5 juin 2020. Cette Déclaration est un accord ouvert adoptée en 1976 dont l'objectif est d'*« améliorer le climat d'investissement, à promouvoir les contributions sociales et économiques des entreprises multinationales envers la société, et à réduire les contraintes auxquelles elles sont confrontées ».* Elle est régulièrement mise à jour. Voir UNECA, *Politique d'investissements et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : implications pour l'intégration régionale, op. cit.,* p. 16.

**140**OCDE, *Code de l'OCDE de la libération des mouvements de capitaux,* Editions OCDE, Paris, 2018, 166 p, disponible sur http://www.oecd.org/fr/investissement/politiques-investissement/Code-capital-movements-FR.pdf, consulté le 5 juin 2020 ; voir également OCDE, *Code de l'OCDE de la libération des mouvements de capitaux* : *quarante années d'expérience*, Editions OCDE, Paris, 2004, 231 p. Cet instrument juridique contraignant adopté en 1961 est une contribution importante de l'OCDE a la réglementation des investissements. Il fait l'objet d'une actualisation régulière, UNECA, *Politique d'investissements et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : implications pour l'intégration régionale, op. cit.,*p. 17.

**141**OCDE, *Cadre d'action pour l'investissement*, Editions OCDE, Paris, 2015, 156 p ; disponible sur http://www.oecd.org/fr/investissement/politiques-investissement/Cadre-action-investissement-2015-CMIN2015-5.pdf, consulté le 5 juin 2020. Cet instrument juridique a été élaboré en 2006. Son but est de *« permettre aux dirigeants politiques de soulever les questions relatives aux investissements. Il met l'accent sur les principes fondamentaux de la primauté du droit, de la transparence, de la non-discrimination et de la protection des droits de propriété, et vise à assister les gouvernements dans l'élaboration et la mise en œuvre de réformes politiques favorisant un climat propice à l'investissement national et étranger »,* UNECA, *Politique d'investissements et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : implications pour l'intégration régionale, op. cit.,*p. 17.

mondiale relatives à l'investissement et le Cadre de politique de l'investissement pour un développement durable de la CNUCED[142].

Prépondérants, les États africains l'ont été, sans conteste, dans la formation et dans l'évolution du droit international des investissements[143]. À défaut de recevoir une consécration formelle, du fait de leur échec, les nombreux projets d'élaboration d'une convention multilatérale des investissements ont exercé une influence uniformisatrice sur les règles d'investissement[144]. L'internationalisation est devenue le creuset des « solutions de substitution » à l'universalisation non acquise[145]. Celles-ci, représentées par les TBI, les institutions internationales et d'autres instruments juridiques internationaux abordant les questions d'investissement, ont pu émerger grâce à l'activisme des États africains. L'apport de ces derniers à l'affermissement du régime international des investissements est indiscutable. Toutefois, au nom d'une certaine « décolonisation » du droit international des investissements[146], le continent africain semble s'émanciper des règles en la matière.

## *IV. La problématique de l'étude*

*« Les investissements étrangers ont trahi leur fonction de développement sur le continent africain »*[147]*,* asséna le professeur Maurice Kamto lors de la 9ème Conférence annuelle de la Société africaine de droit international tenue en 2016. C'est connu, le droit international des investissements a eu mauvaise presse dans les pays en développement. Perçus tantôt comme une promesse, tantôt comme une chimère, les investissements inspirent des discours contrastés, lorsqu'il s'agit d'évoquer leur contribution au développement des États d'accueil, notamment, africains.

---

[142] *Ibidem*, p. 18

[143] MBENGUE (M. M.), « Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law», p. 1; Voir également LEBELO (R. K.), *The International Framework for Foreign Investment Protection: An Analysis of African Treaty Practice,* PhD Thesis, University of Glasgow, 2012, p. ii.

[144] SALEM (V.), « La faiblesse de l'encadrement juridique universel et les solutions de substitution », in PATRICK (D.), DE LA PRADELLE (G.), GHERARI (H.) (dir.), *Droit de l'économie internationale, op. cit.,* pp. 661.

[145] *Ibidem,* pp. 665-667.

[146] Voir MBENGUE (M. M.), « La loi des nations est faite de fer » ? Reconnaissance et « décolonisation » du droit international des investissements », *in* GESLIN (A.), JOUANNET (E. T.), *Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international*, Aix-en-Provence, Droits international, comparé et européen, 2019, p. 113.

[147] KAMTO (M.) cité par TCHOUA SIPOWO (A. G.), « Une possible conciliation des droits humains et de l'investissement : regard sur les principes de la Société africaine pour le droit international sur l'investissement international pour le développement durable en Afrique », 21 novembre 2016, disponible sur https://www.quidjustitiae.ca, consulté le 1er juin 2019.

De plus, ayant longtemps souffert du *« syndrome de la marginalisation »*[148] caractérisé par leur absence de certains arrangements commerciaux regroupant les autres continents - l'Accord de partenariat transpacifique (TPP *en anglais*) et le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP en *anglais*) en sont de parfaits exemples -, les États africains avaient ressenti le besoin d'agir de manière collégiale dans les relations internationales économiques. Le souci était d'établir une convergence du commerce et de l'investissement susceptible d'accroître leur influence dans la communauté internationale des affaires et d'atteindre, partant, le niveau des économies d'échelle. À leur sens, et comme l'attestera plus tard Rafael Leal-Arcas, *« [r]egionalism is a method of integration »*[149].

En conséquence, les États africains se sont résolument engagés dans la modernisation et la production d'instruments juridiques d'investissement adaptés à leurs réalités et préoccupations afin d'en tirer le meilleur parti. Cette démarche tend à resserrer les liens économiques entre eux, et à favoriser une atténuation de la « crise de légitimité » dont ils sont victimes au niveau mondial. Les principes et règles en matière d'investissement ne sont plus l'apanage des pays exportateurs de capitaux. Ils se produisent également dans les régions longtemps marginalisées[150]. Si cette tendance des États africains dans la régulation des investissements n'est pas une révolution isolée – au regard de la crise généralisée que traverse le régime international des investissements - elle représente, à tout le moins, une évolution notoire qui emporte un impact certain sur l'architecture du droit international des investissements.

Le régionalisme africain en matière d'investissement s'apparentant à un *« militantisme juridique* »[151], pour reprendre les termes du regretté professeur Stéphane Doumbé-Bille, il suscite immanquablement des interrogations : quelles sont les tendances du droit international des investissements en Afrique ? Comment s'exprime le régionalisme africain en la matière ? Serait-il apte à créer un environnement juridique attractif ? Ne pèche-t-on pas, par un excès d'ambition, à vouloir réadapter le régime international des investissements ? Le caractère hautement controversé et non figé du droit international des investissements conduit à se questionner sur les transformations intervenues en la matière

[148]DENTERS (E.), GAZZINI (T.), « The Role of African Regional Organizations in the Promotion and Protection of Foreign Investment », *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 18, 2017, p. 468
[149]LEAL-ARCAS (R.), *International Trade and Investment Law. Multilateral, Regional and Bilateral Governance,* Cheltenham, Edward Elgar, 2010, p. 72.
[150]SCHILL (S.), « The New (African) Regionalism in International Investment Law », *Journal of World Investment and Trade,* vol.18, 2017, p. 367.
[151]DOUMBE-BILLE (S.), *La régionalisation du droit international*, Brulant, Bruxelles, 2012, p. 13

sur le continent africain. Il s'agit fondamentalement de s'interroger sur l'évolution du régionalisme africain en droit international des investissements.

## *V. L'intérêt de l'étude*

L'intérêt théorique de cette étude est indubitable **(a)**. Elle emporte également un volet pratique considérable **(b).**

### a) Un intérêt théorique indubitable

L'activisme normatif des États africains en matière d'investissement est saisissant. Pour preuve, le droit international des investissements subit une transformation rapide sur le continent. Cependant, si des travaux scientifiques se sont penchés sur l'encadrement juridique des investissements en Afrique[152], ils sont essentiellement centrés sur l'étude des instruments juridiques nationaux et bilatéraux. De même, les travaux abordant la question de l'émergence d'un régime « africain » des investissements sont épars et fragmentés. Ils relèvent, d'ailleurs, pour la plupart, de la doctrine anglophone. L'approche régionale au double niveau du « sous-régionalisme » et du « continentalisme » n'a pas véritablement été traitée dans un ouvrage. Ceci n'a rien de surprenant lorsqu'on sait que le droit international des investissements est lui-même une jeune discipline et que, par-dessus tout, le régionalisme africain en la matière remonte à une période récente.

À ces différents égards, la présente étude semble intéressante et d'une actualité certaine. Elle offre l'occasion d'appréhender de pertinentes problématiques théoriques en permettant, avant tout, d'avoir une vue panoramique du régime international des investissements. L'analyse approfondie des accords internationaux d'investissement des États africains qu'elle fournit, à partir d'une perspective régionale, met en lumière le chantier de modernisation du régime juridique des investissements sur le continent. Plus intéressante devient l'étude, quand elle favorise une intrusion dans le droit régional africain de manière générale, et du droit communautaire de quelques organisations d'intégration régionale, peu abordées dans la doctrine africaine francophone.

L'examen du traitement réservé aux opérateurs économiques étrangers dans ces espaces régionaux et au niveau continental reviendrait indirectement et forcément à pourvoir des éclaircissements sur le processus d'intégration économique en Afrique. Un détour sur

[152]Voir OCRAM (T. M.), « The Legal Framework of Foreign Investment in Africa », *Zambian Law Journal*, Vol. 12, 1980, pp. 1-22; Voir aussi BROWER (C. N.), DALY (M. P.), A Study of Foreign Investment Law in Africa: Opportunity Awaits », pp. 1-44, disponiblesurhttps://www.arbitration-icca.org/media/7/82088225980224/brower__daly_a_study_of_foreign_investment_law_in_africa.pdf

l'exigence d'une intégration régionale solide sera effectué, sans pour autant rouvrir de longs débats sur le régionalisme africain, sauf à rappeler les foyers qui enrichiront notre analyse.

Un surcroît d'intérêt de la présente réflexion réside dans son exposé des interactions existant entre le droit international des investissements et d'autres branches du droit. De nos jours, le droit international des investissements entretient des liens difficilement sécables avec certaines disciplines juridiques internationales, telles que les droits de l'Homme[153], le droit de l'environnement[154], le droit du commerce international[155] et le droit international humanitaire[156]. En vue d'une pratique efficace, leur importance dans la régulation des investissements en Afrique sera mise en évidence.

**b) Un intérêt pratique considérable**

C'est un truisme que de rappeler leur rôle attribué par les États africains aux investissements dans leur processus de développement économique. Nonobstant, la course effrénée des États aux investisseurs par l'adoption de politiques d'attraction et d'accords internationaux comporte pour ces derniers un risque majeur. Elle est susceptible de faire surgir des contentieux lourds de conséquences financières pour les États d'accueil. Les mécanismes de résolution des litiges relatifs aux investissements, ne recevant plus l'assentiment des pays en développement, des réformes sont réclamées avec insistance. La

[153]Voir DUPUY (P-M.), PETERSMANN (E-U.), FRANCIONI (F.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration,* Oxford, Oxford University Press*,* 2009, 648 p; YANNICK (R.) (ed), *Research Handbook on Human Rights and Investment,* Northhampton, Edwar Elgar, 2018, 578 p ; BAETENS (F.), « Part II : International Investment and Human Rights », *in* BAETENS (D. F.), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives,* Cambridge University Press, 2013, pp. 83-184; KAHN (Ph.), « Investissements internationaux et droits de l'homme », *in* HORCHANI (F.), « Où va le droit de l'investissement: désordre normatif et recherché d'équilibre », Actes du Colloque organisé à Tunis, Paris, Pedone, 2006, pp. 95-110; LIBERTI (L.), « Investissements et droits de l'homme », *in* KAHN (Ph.), WÄLDE (Th) (dir.), *Les aspects nouveaux de droit des investissements internationaux-The New Aspects of International Investment Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 791-852 ;

[154]CORDONIER SEGGER (M-C.), GEHRING (M. W.), NEWCOMBE (A.) (eds), *Sustainable development in World investment Law,* Kluwer Law International, 2010, 850 p; SCHACHERER (S.), *International Investment Law and Sustainable Development: Key cases from the 2010 s,* Published by International Institute for Sustainable Development, 2010, 72 p; VINUALES (J. E.), « Foreign Investment and the Environment in international Law : An Ambiguous Relationship », in *British Yearbook of International Law*, vol. 80, n° 1, 2009, pp. 244-332 ; ROBERT-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Leiden, MartinusNijhoff, 2010, 534 p ; BAETENS (D. F.)**,** « Part III: International Investment and Sustainable Development », *in* BAETENS (D. F.), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives, op. cit.,* pp. 185-256.

[155]Voir BAETENS (D. F), « International Investment, Trade and developing Countries », *in* BAETENS (D. F.), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives, op. cit.,* pp. 257-352; AUDIT (M.), BOLLEE (S.), CALLE (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Paris, LGDJ, 2014, 766 p.

[156]BAETENS (D. F.), « Part I: International Investment and Armed Conflict », *in* BAETENS (D. F.), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives, op. cit.*, pp. 1-82

présente étude se propose d'examiner les initiatives africaines en la matière et d'explorer les moyens de consolidation des acquis.

Selon les chiffres de la CNUCED, l'Afrique a enregistré son plus bas niveau en matière d'investissements directs étrangers en 2017. Plus exactement, *« les flux d'IED vers l'Afrique sont tombés à 42 milliards de dollars en 2017, soit une chute de 21% par rapport à 2016 »*[157]. En 2018, les pays africains ont enregistré une augmentation réconfortante des investissements diversifiés pour s'établir à 46 milliards de dollars, soit une hausse de 11%[158]. Mais avec le déclenchement de la crise sanitaire mondiale provoquée par la Covid-19, l'Afrique a assisté à une chute vertigineuse des flux des investissements en 2020[159]. Ce tableau peu reluisant révèle au grand jour les résultats en demi-teinte des États africains dans leurs politiques d'attraction des investisseurs étrangers ; une situation inquiétante qui découle, en partie, de facteurs purement juridiques.

Marqués par une instabilité regrettable, les flux des investissements nécessitent une intensification par le truchement d'une gouvernance juridique efficace. Présenter et examiner les nouveautés du cadre juridique des investissements en Afrique, précisément dans certaines CER et à l'échelle continentale ; tel est l'exercice auquel se livre l'étude, aux fins d'identifier les mesures normatives et institutionnelles à même de faciliter les flux des investissements. La réduction des remparts juridiques aux investissements sera, bien entendu, envisagée.

L'intérêt de la présente réflexion se trouve enfin conforté par l'opérationnalisation de la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf)[160]. Cet espace économique panafricain « *entre en jeu à une période cruciale, marquée par une aggravation de la pauvreté et par les revers socioéconomiques que les pays d'Afrique ont essuyés en raison de la pandémie de maladie à coronavirus, ainsi que des chocs financiers, climatiques et*

---

[157] CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2018*, p.12., disponible sur https://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2018_overview_fr.pdf, consulté le 06 juillet 2019.

[158] *Idem*

[159] CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2020*, p. disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_fr.pdf, consulté le 8 mars 2021.

[160] Signé à Kigali (Rwanda) le 21 mars 2018 et entré en vigueur une année plus tard, l'Accord portant création de la Zone de libre-échange continentale africaine marque une étape historique franchie par les États membres de l'UA dans leur vision d'intégration économique continentale. Cette vision datant de plus d'un demi-siècle a conduit au lancement officiel de la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf). L'Accord de la ZLECAf est entré en vigueur le 1er janvier 2021. La ZLECAf a été officiellement lancée et inaugurée par les Chefs d'État et de gouvernement réunis en Sommet extraordinaire de l'UA à Niamey (Niger) le 7 juillet 2019. Elle est opérationnelle depuis le 1er janvier 2021. Son Secrétariat est dirigé par le Sud-Africain Wamkele Mene et a son siège à Accra (Ghana) en hommage au grand architecte du panafricanisme, Feu Dr Kwame Nkrumah, Premier président de la République du Ghana.

*alimentaires qui s'en sont suivis »*[161]. Toutefois, il est chargé de transformer radicalement les ambitions de développement de l'Afrique. Il s'avère donc nécessaire d'aborder cette problématique cruciale et d'une brûlante actualité, sous l'angle du droit international des investissements, dans l'espoir d'apporter une modeste contribution au processus de développement socio-économique du continent africain.

Cette étude, sans prétendre à l'exhaustivité, se veut une plus-value à la science juridique relative aux investissements en Afrique. Ce faisant, elle suit l'exhortation de la Société africaine pour le droit international qui, dans ses *Principes sur les investissements internationaux pour le développement durable*, souligne que *« African States should strive to develop and foster domestic capacity in the field of investment policy and law, including through academic curricula »*[162].

## *VI. La méthodologie de l'étude*

*« L'explication de la méthode de travail, outre sa portée épistémologique, permet de mieux saisir la spécificité de la démonstration de l'ouvrage »*[163]. Fort de cette opinion, précisons d'entrée que la réponse à la problématique suscitée par le régionalisme africain en matière d'investissement reposera essentiellement sur une méthode inductive[164]. Des conclusions seront tirées de l'analyse des dispositions contenues dans les instruments juridiques d'investissement. Effectuée sur une base documentaire, composée de la législation *lato sensu*, de la jurisprudence, de la doctrine, ainsi que d'autres sources de toute nature, cette analyse sera innervée par une argumentation objective qui, selon Jean Salmon, *« est au cœur du droit »,* et met en œuvre un langage, un système organisé dans lequel se déploient des raisonnements cohérents[165].

---

**161** CNUCED*, La contribution potentielle de la Zone de libre-échange continentale africaine à une croissance inclusive,* Rapport sur le développement économique de l'Afrique, 2021, Avant-propos, p. xii ; disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/aldcafrica2021_fr.pdf, consulté le 10 novembre 2021.

**162***« Les États africains doivent s'attacher à développer et renforcer la compétence interne en matière de loi et de politique d'investissement, y compris au moyen de curricula académiques »*, traduction personnelle. Lire Principle 13, *2016 AfSIL Principles on International Investment for Sustainable Development in Africa,* disponible sur https://www.unil.ch/investmentafrica/files/live/sites/investmentafrica/files/Events/AfSIL%2028-29.10.2016/2016%20AFSIL%20Principles%20Investment.pdf, consulté le 05 juillet 2019.

**163**BARBIER (J-C.), « Alliance ou conflit entre le haut et le bas ? », cité par BAYART (J-F.), *L'État du Cameroun,* 2ème éd., Paris, Références, 1985, 348 p., p.320.

**164** La méthode inductive appliquée à la recherche juridique a été fortement recommandée par le professeur Jean Combacau dans ses conclusions générales du Colloque de Rennes de la SFDI sur Les compétences de l'État en droit international (2-3-4 juin 2005). Pierre Langeron dans son article intitulé « La recherche en droit comparé » a décrit la méthode inductive comme une démarche rigoureuse qui par souvent d'un constat matériel pour aboutir à des conclusions pertinentes.

**165**SALMON (J.), *Droit international et argumentation*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 33.

Dans le souci d'échapper aux risques de généralisation, en cédant à l'emprunt d'un raisonnement linéaire, l'étude portera un regard critique sur la nouvelle posture adoptée par les États africains dans la réglementation des investissements. D'ailleurs, peut-on professer une démarche scientifique sans esprit critique ?[166] Une réponse affirmative serait synonyme de véhiculer des poncifs, ce qui n'est pas de l'essence de la science. En envisageant les innovations qui s'opèrent dans le régime juridique des investissements en Afrique, cette étude recèle, *per se,* une dimension prospective. En revanche, le pragmatisme et le réalisme qui caractérisent le droit international des investissements obligent à s'abstenir d'un idéalisme excessif dans les prévisions.

Aussi la méthode comparative nous servira-t-elle à faire une incursion dans d'autres espaces d'intégration économique. *« La connaissance du droit étranger, écrit François Terré, favorise une meilleure compréhension des solutions, des structures et des tendances du droit national »*[167]. Procéder à la comparaison fréquente du droit et de la pratique africaine des investissements avec ceux des organisations régionales extérieures au continent africain[168] nous fournira, à n'en point douter, des pistes pour une réflexion plus enrichissante. En effet, *« pour comprendre, il faut comparer »*[169]. L'usage de cette méthode sera effectif grâce à un recours systématique à la doctrine francophone, anglophone et hispanophone, lequel a été inspiré et motivé par l'étude « quinquagénaire » du professeur Focsaneanu Lazar, qui révélait que *« [t]rois langues paraissent, en somme, remplir le rôle de moyen d'expression par excellence du droit international contemporain : l'anglais, le français et l'espagnol »*[170].

Le concept d'investissement, faut-il le rappeler, ne saurait être dissocié du dyptique « droit » et « économie », pas plus qu'il n'admet une séparation étanche entre droit public et droit privé ou entre droit international et droit interne. Dès lors, le recours occasionnel à ces domaines connexes sera d'un grand intérêt pour illustrer les développements effectués. Cette méthode semble convaincre le professeur Javier Roldán Barbero, puisqu'il soutient que *« en*

---

[166]ROLDÁN BARBERO (J.), *Ensayo sobre el derecho internacional público,* Almería, Universidad de Almería, servicio de publicaciones, 1996, p. 99.

[167]TERRÉ (F.)*, Introduction générale au droit*, Paris, Précis Dalloz, 2000, p. charraux 61.

[168]CAMARA (M.), « Les investissements directs étrangers et l'intégration régionale : Exemples de l'ASEAN et du MERCOSUR », in *Tiers-Monde,* tome 43, N° 169, 2002, pp. 47-69, disponible sur https://www.persee.fr/doc/tiers_1293-8882_2002_num_43_169_1567, consulté le 20 janvier 2020.

[169]SARTOTI (G.), « Bien comparer, mal comparer », *Revue internationale de politique comparée*, Vol. 1, n° 1, 1994, p. 26.

[170] LAZAR (F.), « Les langues comme moyen d'expression du droit international », *AFDI,* Vol. 16, 1970, p. 266.

*el proceso de elaboración de las normas jurídico-internacionales no pueden localizarse problemas legales en estado puro y hermético »*[171]. Par-là, l'auteur signifie que pour l'efficacité des règles de droit international, le juriste devrait parfois sortir de son carcan. Au surplus, si André Gros a tenu à signaler que *« rien n'est plus loin des faits qu'imaginer une séparation des domaines de négociation en politique économique, social, technique ou juridique »*[172], alors même que le droit international des investissements est un domaine par excellence de négociations, la maraude sur « les terres voisines » s'impose dans le cadre cette réflexion. Elle s'appuie sur une approche plurielle mêlant, à une intensité variable, le droit, l'économie et les relations internationales.

Considérés par les gouvernants africains comme un outil incontournable à la réalisation d'un développement harmonieux de leurs pays, les investissements internationaux, notamment les investissements directs étrangers (IDE) sont exclusivement concernés dans ce contexte. Il va sans dire que les instruments juridiques ne régissant que marginalement ces opérations économiques n'entrent pas en ligne de compte dans la présente étude. Cela dit, les Accords de partenariats économiques (APE), bien qu'ils prétendent *« permettre la création de marchés agrandis, favorisant l'épargne et la création de pôles d'attraction pour les investissements étrangers »*[173], seront tenus hors du cadre de la présente analyse. Il en ira de même des Conventions de Lomé et de l'Accord de Cotonou entre l'UE et les ACP[174], quoique ces textes soient teintés de prévisions concernant les investissements[175].

Au regard des espoirs et des doutes que suscitent les investissements, l'Afrique offre un vaste champ propice à cette investigation juridique.

---

[171]Pour l'auteur, dans le processus d'élaboration des normes juridiques internationales l'on ne peut enfermer les problèmes juridiques dans un état pur et hermétique. ROLDÁN BARBERO (J.), « La investigación en derecho internacional público », *Revista de Estudios Jurídicos,* nº 9, 2009, Segunda Época, p. 20.

[172]GROS (A.), « Quelques remarques sur la pratique du droit international », *in Mélanges offerts à Charles Rousseau,* Paris, 1974, p. 114, cité par ROLDÁN BARBERO (J.), « La investigación en derecho internacional público », *op. cit.,*p. 20.

[173] CARDON (M.), « Les Accords de Partenariats économiques », *in* SFDI, *Droit international et développement,* Colloque de Lyon, *op. cit.,* p. 186.

[174] Il convient de préciser que le groupe ACP, depuis avril 2020, est devenu l'Organisation des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (OEACP). Les négociations de l'accord devant succéder à l'Accord de Cotonou, débuté en 2018, a été paraphé en avril 2021. Menées sous la houlette du ministre togolais des affaires étrangères, Robert Dussey, pour la partie des États africains, des Caraïbes et du Pacifique, elles aboutiront prochainement à la signature de la partie européenne. Anciennement Accord ACP-UE, l'Accord UE – OEACP *« propose un partenariat politique ambitieux et renforcé entre l'UE et les membres de l'OEACP, dont l'objectif est de produire des résultats mutuellement bénéfiques sur des questions d'intérêt commun ».* https://www.republicoftogo.com/toutes-les-rubriques/cooperation/enfin-la-signature , consulté le 20 juillet 2023.

[175] Pour une analyse du développement de ces accords, Voir HAGUENEAU-MOIZARD (C.), MONTALIEU (Th.), « L'évolution du partenariat UE-ACP de Lomé à Cotonou : de l'exception à la normalisation », in *Monde en développement,* Vol. 4, N° 128, pp. 65-88.

## *VII. Le plan de l'étude*

La binarité des subdivisions des recherches juridiques étant d'usage dans les facultés de droit d'expression française[176], la présente étude ne va pas y déroger. Mais, pour conserver l'esprit scientifique des arguments à avancer, il serait de bon aloi d'éviter deux écueils : l'*afrocriticisme* et le *panafricanisme* dans leur forme la plus poussée. À cet effet, nous ferons nôtre cette pensée d'André-Jean Arnaud : *« connaître, c'est accomplir un pas vers le dépassement tant de l'enthousiasme béat devant les promesses de lucre que des réactions viscérales de peur, d'angoisse, de désespoir, voire de résignation devant ce qui est perçu comme un danger imminent et quasi inévitable »*[177]. Il s'agit de s'extraire d'une dialectique de l'euphorie ou du désespoir pour entreprendre une réflexion objective du régionalisme africain en droit international des investissements.

Dans ce droit fil, l'on démontrera qu'en Afrique, une véritable *« décentralisation normative »*[178] a gagné le droit international des investissements, tant sur le plan matériel que procédural. En effet, l'insatisfaction éprouvée par les États à l'égard du régime international des investissements les a incités à plus de créativité dans la production des règles en la matière. De nombreuses réformes, destinées à faire des investissements de puissants outils de développement durable, ont été effectuées. On s'aperçoit que le processus de régionalisation se poursuit et transforme l'Afrique en un « laboratoire » de nouvelles règles et politiques d'investissement. La forte implication des organisations régionales africaines dans les questions relatives aux investissements semble s'adosser à l'avis de Karl Sauvant, selon lequel « *l'investissement international s'impose désormais comme la forme de transactions économiques internationales la plus importante et constitue le vecteur le plus puissant d'intégration économique* »[179].

À la vérité, l'œuvre des CER africaines dans la production de nouvelles réglementations d'investissement est considérable. Celles-ci se sont attachées à adopter leurs propres textes juridiques relatifs aux investissements. À l'heure où le droit international des

---

[176]BARRAUD (B.), « L'usage du plan en deux parties dans les facultés de droit français », *RTDCiv*, p. 807.
[177]ARNAUD (A-J.), *Entre modernité et mondialisation - Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État,* Paris, LGDJ, 2e éd, 2004, p.11.
[178]PELLET (A.), « Le droit international à l'aube du XXIème siècle », *Cours euro-européen de Bancaja*, 199è, p. 43.
[179]SAUVANT (K.), « le régime juridique et politique international en matière d'investissement : quelles options pour l'avenir ? », *passerelles*, volume 17, n° 5, 29 juin 2016, disponible sur http://www.ictsd.org/bridges-news/passerelles/news/le-r%c3%a9gime-juridique-et-politique-international-en-mati%c3%a8re-d, consulté le 23 juin 2019.

investissements est passé au peigne fin, elles sont au front des mutations intervenues en la matière sur le continent africain. De l'examen de leurs instruments juridiques visant à harmoniser les règles et les politiques d'investissement de leurs États membres, il se dégage une volonté manifeste de « communautarisation » du droit international des investissements **(Partie I).**

Dans une perspective d'évolution, à un palier supérieur à celui des CER, le continent africain, comme une seule entité, s'est récemment montré dynamique dans la quête d'un cadre juridique d'investissement harmonisé, de nature à s'appliquer à l'ensemble des États, sans exception. Grâce aux efforts de l'UA, et à la faveur de la création de la ZLECAf, l'on est témoin d'une « continentalisation » progressive du droit international des investissements **(Partie II).**

# PARTIE I.

# LA « COMMUNAUTARISATION » VOLONTARISTE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Durant les deux dernières décennies, l'implication des organisations d'intégration régionale dans les questions relatives aux investissements est devenue galopante[180]. En Afrique particulièrement, il est acquis que l'intégration économique régionale est un puissant instrument de promotion des investissements. Elle permettrait de créer des marchés dotés d'une densité supérieure à celle des États pris individuellement et serait source d'une manne économique plus consistante. Les espoirs suscités par cette perception ont engendré une prolifération de Communautés Économiques Régionales (CER) et une forte impulsion de ces dernières à adopter des instruments juridiques relatifs aux investissements.

Quasiment toutes les CER africaines se sont attachées à négocier des accords d'investissement répondant à leurs besoins de développement[181]. Cette tendance semble inéluctable et va *crescendo*. Les initiatives les plus récentes et innovantes en la matière sont à mettre au crédit de la *Southern African Development Community* (SADC)[182], de la *Eastern*

---

**180** Voir HINOJOSA MARTÍNEZ (L. M.), « La regulación de los movimientos internacionales de capital y de las inversiones extranjeras », *in* HINOJOSA MARTÍNEZ (L. M.), ROLDÁN BARBERO (J.), (coord.), *Derecho internacional económico,* Marcial Pons, Madrid, 2010, pp.315-316 ; voir aussi DEME (H. M.), « Quelle régionalisation pour le droit des investissements ? », *in* DOUMBE-BILLE (S.), *La régionalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2012, p. 388.

**181** Il convient de signaler que la volonté des CER africaines de réguler les investissements internationaux dans leurs espaces n'est pas nouvelle. Longtemps portées par un désir de coopération et d'harmonisation des règles relatives aux investissements, elles ont adopté de nombreux textes dans la période courant des années 1970 aux années 1990 sans véritablement obtenir les résultats escomptés. L'on mentionnera, en guise d'exemple, la Charte des investissements de la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC) adoptée en 1965, le Code de l'investissement de la Communauté Économique des Pays des Grands Lacs (CEPGL) de 1982 ou encore l'Accord sur l'investissement de l'Union du Maghreb Arabe de 1990. DENTERS (E.), GAZZINI (T.), « The Role of African Regional Organizations in the Promotion and Protection of Foreign Investment », *Journal of World Investment and Trade*, N°18, 2017, p. 457.

**182** Le Traité ayant institué la SADC a été signé le 17 août 1992 à Windhoeck en Namibie à la suite de la transformation de la Conférence pour la Coordination du développement de l'Afrique australe *(Southern African Development Coordination Conference SADCC).* La SADCC avait été créée par les pays dits de « la ligne du front » que sont l'Angola, le Botswana, le Lesotho, le Malawi, le Mozambique, le Swaziland, la Tanzanie, la Zambie, le Zimbabwe et plus tard la Namibie. L'objectif de ces pays était de réduire leur dépendance économique vis-à-vis de l'Afrique du Sud, précisément en matière de transports, de communications, de commerce et de l'investissement. La SADC compte aujourd'hui 16 États membres à savoir l'Afrique du Sud, l'Angola, le Botswana, le Lesotho, Madagascar, le Malawi, Les Îles Comores, l'Île Maurice, le Mozambique, la Namibie, la république Démocratique du Congo, les Îles Seychelles, le Swaziland, la Tanzanie, la Zambie et le Zimbabwe. Voir ILLY (O.), *L'OMC et le régionalisme. Le régionalisme africain*, *op. cit.,* p. 168 *;* MALOKA (V.),« Law of Integration in the Southern African Development Community », *Journal of African Union Commission on International Law,* 2nd edition, 2015, pp.65-66 ; voir aussi BENAVIDES DE LA VEGA (L.), *Actores regionales y subregionales en África subsahariana,*Socios y líneas de trabajo para la cooperación espanola, Madrid, 2007, pp. 95-99.

*African Community* (CAE)[183], du *Common Market of Eastern and Southern Africa* (COMESA)[184] et de la Communauté des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)[185].

En raison de leur sophistication, les activités normatives des CER sus-évoquées sont celles qui nous intéresse dans le cadre de cette étude. Lorsque l'on s'emploie à scruter le contenu de leurs textes juridiques d'investissement récemment adoptés[186], il en ressort une reconsidération audacieuse de la protection assurée aux investisseurs **(Titre I)** suivie d'une restauration judicieuse d'un équilibre entre ces derniers et les États hôtes **(Titre II).**

---

**183**La CAE est une CER initialement fondée en 1967 entre le Kenya, l'Ouganda et la Tanzanie. Elle fut la toute première CER de la région Est-Africaine. Mais elle sera dissoute dix années plus tard en raison de divergences entre les membres. Ce n'est qu'avec la reprise du mouvement intégrationniste sur le continent à la fin des années 1980 que ces États décidé de rallumer la flamme de leur coopération. Le 30 novembre 1999, ils vont adopter un traité de reconstitution de la Communauté. Ce traité est entré en vigueur le 7 juillet 2000. De nos jours, la CAE est composée de six États membres à savoir le Burundi, le Kenya, l'Ouganda, le Rwanda, le Soudan du sud et la Tanzanie, voir ILLY (O.), *L'OMC et le régionalisme. Le régionalisme africain*, *op. cit.,* pp. 160-161.

**184**Le COMESA est le produit d'une transformation. Il fut précédé par la Zone d'échanges préférentielle (ZEP) conclue en 1981 entre l'Éthiopie, le Kenya, l'Ouganda, la Somalie, la Zambie, le Djibouti, le Malawi, l'Île Maurice et les Îles Comores. Le traité du COMESA a été signé le 5 novembre 1993. Il est entré en vigueur le 8 décembre 1994. C'est une grande CER qui couvre une zone de plus de 12 millions de kilomètres avec une population d'environ 430 millions d'habitants. Le COMESA compte au total 21 États membres, notamment le Burundi, les Îles Comores, le Djibouti, l'Égypte, l'Érythrée, l'Éthiopie, l'Eswatini, le Kenya, la Lybie, Madagascar, le Malawi, l'Île Maurice, la République démocratique du Congo, le Rwanda, les Îles Seychelles, le Soudan, l'Ouganda, la Tunisie, l'Union des Comores, la Zambie et le Zimbabwe. ILLY (O.), *L'OMC et le régionalisme. Le régionalisme africain,* Larcier,2012*,* pp.165-166, Lire aussi *Le COMESA en bref*, disponible sur https://www.comesa.int/wp-content/uploads/2019/02/COMESA-in-brief-FINAL_email_upload.pdf, consulté le 19 avril 2020.

**185** La CEDEAO est une organisation d'intégration régionale créée par le Traité de Lagos, signé le 28 mai 1975 et révisé le 24 juillet 1993 à Cotonou. Avec le retrait de la Mauritanie en 1999, la CEDEAO compte aujourd'hui 15 États : Benin, Burkina-Faso, Cap-Vert, Côte d'Ivoire, Gambie Ghana, Guinée, Guinée Bissau, Libéria, Mali, Niger, Nigeria, Sénégal, Sierra-Leone, Togo. Des discussions au sujet d'une éventuelle intégration du Maroc à la Communauté sont en cours. Voir ILLY (O.), *L'OMC et le régionalisme. Le régionalisme africain,* Larcier, 2012, pp. 147-148, voir aussi UKAIGWE (J.), *ECOWAS Law,* Springer International Publishing, 2016, pp. 1-14.

**186** Les nouveaux accords régionaux d'investissement dont il est question sont ceux adoptés ou révisés dernièrement par les CER africaines sus évoquées. Au sein de la SADC, il s'agit du Modèle de TBI (SADC Model BIT) révisé en 2017, après adoption de la première version en 2012. Le *SADC Model BIT* est un instrument de *soft law* destiné à servir de guide d'orientation aux États membres. Nous aborderons aussi le Protocole sur la Finance et l'Investissement (PFI), un texte de nature juridique contraignante révisé en 2016, après adoption de la première version en 2006. Dans l'espace COMESA, les États membres ont conclu un Accord de la zone commune d'investissement du COMESA (COMESA Common Investment Agreement) en 2007. Pour l'adapter aux nouvelles exigences du Marché commun en matière d'investissement, cet accord sera amendé en 2017 (Accord révisé du COMESA). De même, au sein de la CAE, un Modèle de TBI a été élaboré en 2006. Mais conscients que ce document répondait plutôt aux critères des TBI traditionnels, il sera adopté un nouveau texte en 2016 : Le Modèle de traité d'investissement de la CAE. En Afrique de l'Ouest, l'œuvre normative de la CEDEAO en matière d'investissement est une véritable émancipation juridique. Il sera essentiellement question d'analyser, ici, le Code des investissements de la CEDEAO (ECOWIC), qui est toujours en attente d'être mis en œuvre.

# *TITRE I.*

## *UNE RECONSIDÉRATION AUDACIEUSE DE LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS*

C'est devenu un secret de polichinelle : les organisations régionales africaines d'intégration économique aspirent fortement au développement et reposent ouvertement leur espoir sur les investissements étrangers à cette fin[187]. Elles entendent stimuler l'attractivité des investissements en provenance des pays situés à l'intérieur et comme à l'extérieur des différentes communautés au moyen de nouveaux instruments juridiques d'investissement. Le dessein initial est d'harmoniser les règles et les politiques des États membres en la matière en vue de les rendre conformes leurs objectifs. L'analyse des nouveaux accords régionaux africains

laisse entrevoir une sensibilité de ces CER aux *desiderata* de leurs États membres, d'autant que ces textes renferment des dispositions traduisant leurs préoccupations de développement durable[188]. Les priorités de l'État d'accueil semblent prévaloir sur les obligations de protéger les investisseurs étrangers.

De toute évidence, les CER africaines ont abandonné le régime surprotecteur des investisseurs qui a longtemps régné dans leurs différentes conventions conclues en matière d'investissement. Elles se sont affranchies de l'idée de favoriser des investissements « à tout prix » pour s'atteler à celle de la promotion des investissements en mesure de faciliter la croissance socio-économique des États hôtes[189] en optant pour des *development-friendly versions*[190] des règles substantielles de protection des investissements. Cette nouvelle démarche des CER africaines s'est manifestée par l'édulcoration des normes de traitement des investisseurs **(Chapitre I)** et la consolidation des droits dont peuvent jouir les États d'accueil des investissements **(Chapitre II)**.

---

**187** DENTERS (E.), GAZZINI (T.), « The Role of African Regional Organizations in the Promotion and Protection of Foreign Investment », *op. cit.,* p. 467. Les organisations régionales, de manière générale, sont considérées comme des sujets de droit international économique.

**188** Selon Hamed El-Kady, Expert de la CNUCED, pour qu'un accord régional d'investissement soit efficace, il est indispensable qu'il reflète les besoins des États membres de la CER qui l'ont adopté. Voir EL-KADY (H.), « Implications of Regional Approach to the Regulation of Foreign Investment », *Geneva Talks on Foreign Investment in Africa,* 7 octobre 2015.

**189**MBAYE (M. M.), *L'accaparement des terres en Afrique au regard du droit international des investissements : situation actuelle et enjeux,* Mémoire de Master en droit, Université de Genève, 2015-2016, p.78, disponible sur http://archive-ouverte.unige.ch/unige:88449 , consulté le 13 janvier 2020.

**190** Graham Mayeda a su trouver l'expression appropriée pour désigner la nouvelle version d'accords d'investissement élaborée en tenant en compte les objectifs de développement durable des États hôtes. MAYEDA (G.), « Sustainable International Investment Agreement », *in* CORDONIER SEGGER (M-C.), NEWCOMBE (A.), GEHRING (M.), *Sustainable Development in World Investment Law,* Kluwer Law International BV, The Netherland, 2011, p. 544 ; cité par KOULA (B. M.), *Le développement durable dans les traités régionaux africains d'investissement : Cas de la CEDEAO et de la SADC*, Thèse de doctorat en Droit public, Université de Bordeaux, 2018, p. 63.

# Chapitre I.

# L'atténuation des standards de protection des investisseurs

Le droit international offre une double protection aux investissements internationaux contre le risque réglementaire encouru sur le territoire de l'État d'accueil. Premièrement, cette protection est accordée par renvoi, en ce que sa teneur n'est pas immédiatement définie. Le traitement auquel l'investisseur étranger peut prétendre est celui qui est réservé à une autre catégorie d'investisseurs. Les normes internationales d'investissement, soubassement de ce type de protection, se réfèrent à l'application du principe sacro-saint de non-discrimination en droit international économique[191]. Deuxièmement, la protection dont jouit l'investisseur étranger est « définie dans l'absolu » par des règles internationales qui, en principe, établissent elles-mêmes le contenu du traitement à réserver à ce dernier[192].

La formulation de ces deux catégories de règles internationales de protection est si générale que la responsabilité des États d'accueil à l'égard des investisseurs étrangers s'en trouve « hypertrophiée »[193]. Toutefois, une lecture notariale des accords régionaux d'investissement de la SADC, de la CAE, du COMESA et de la CEDEAO laisse apparaître leur détachement de ce qui a été consacré dans le régime international des investissements. Ces textes ont réorienté les standards « relatifs » de traitement des investisseurs **(Section I)** et repensé les normes « directes » de protection (**Section II).**

---

[191]DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.,* p. 335. Pour une étude du principe de non-discrimination en droit international économique, DIEBOLD (N. F.), « Standards of Non-discrimination in International Economic Law», *International and Comparative Law Quarterly,* 2011, n° 4, pp. 831-865**,** CHARPENTIER (J.), « De la non-discrimination dans les investissements » *AFDI,* vol. 9, 1963, pp. 35-63, CASTELLARIN (E.)**,** « Le principe de non-discrimination», *in* BEN HAMIDA (W.), COULEE (F.) (dir.), *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme: une approche contentieuse,* Paris, Pedone, 2017, pp. 171-196.

[192]DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit,* p. 365. Voir aussi CNUCED**,** *Bilateral Investment Treaties in the Mid 1990s, 1998 ;* FATOUROS (A.)., « Government Guarantees to Foreign Investors », *Columbia University Press,* 1962*,* pp. 135-141 et 214-215.

[193] Jusqu'à aujourd'hui, la protection des investisseurs reste le principal objectif du régime international des investissements. Cela apparait dans la plupart des TBI qui ne cessent d'insister sur la nécessité de réserver un traitement non discriminatoire aux investisseurs. Voir HINOJOSA MARTÍNEZ (L. M.), « La regulación de los movimientos internacionales de capital y de la inversiones extranjeras », *in* HINOJOSA MARTÍNEZ (L. M.), ROLDÁN BARBERO (J.), *Derecho internacional económico*, Marcial Pons, Madrid, 2 a edición, 2020, p. 311.

## SECTION I. LA RÉORIENTATION DES STANDARDS « RELATIFS » DE TRAITEMENT

Les États d'accueil des investissements influent sur les opérations des investisseurs sous la forme de « mesures » ou d'absence de mesures en appliquant des lois et règlements et en usant de toute forme de pratiques ou de conduite réglementaire[194]. L'application de ce régime juridique aux investisseurs est désignée sous le vocable de « traitement » dans les instruments internationaux d'investissements. Au sein des CER africaines, le traitement réservé aux investisseurs est désormais appuyé sur la détermination de formuler des standards qui soient en harmonie avec les réalités des États membres. Cette nouvelle vision s'est soldée par une retouche du traitement national **(§1)** et de la clause de la nation favorisée **(§2)** dans leurs textes relatifs aux investissements.

### § 1. L'ENCADREMENT DU TRAITEMENT NATIONAL

Le traitement national est considéré comme *« le standard le plus politiquement et économiquement sensible du droit international des investissements* »[195], parce qu'il concerne les relations entre les États hôtes, les investisseurs nationaux et les investisseurs étrangers. Il est certes un moyen efficace d'attirer les investissements, mais il se peut qu'un État d'accueil ne veuille pas exposer ses opérateurs nationaux à la rude concurrence des entreprises étrangères d'habitude financièrement plus puissantes. Si les États membres de la SADC, de la CAE, du COMESA et de la CEDEAO ont décidé de réserver ce traitement aux opérateurs étrangers, ils l'ont tout de même reformulé **(A)** et accompagné de quelques exceptions **(B)**.

---

**194** CNUCED**,** *Traitement de la nation la plus favorisée,* Nations Unies, New York/Genève, 2010, p. 15.

**195** Le standard du traitement national tire sa source de la pratique conventionnelle de la Ligue hanséatique du XII è siècle, CAZALA (J.), « Les standards indirects : le traitement de la nation la plus favorable et le traitement national », *in* LEBEN (Ch.), *Le droit international de l'investissement et transnational de l'arbitrage,* Paris, Pedone, 2015, p. 279. Il est l'un des standards les mieux partagés en matière de protection des investissements étrangers en particulier, et en droit international économique en général. Souvent énoncé concurremment avec celle de la nation la plus favorisée, il se rencontre dans la majorité des instruments conventionnels relatifs aux investissements internationaux ; CARREAU (D.), JUILLARD (P.) et al.**,** *Droit international économique*, p. 620 et suiv. ; DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement,* p. 306 et suiv. Voir aussi SANDERS (A. K.), (ed.), *The Principle of National Treatment in International Economic : Trade, Investment and Intellectual Property*, Edward Elgar, 2014, pp. 161-183, UNCTAD, « National Treatment », UNCTAD on Series in International Investment Agreements, vol. IV, UN publications, 87 p., BJORKLUND (A.), « The National Treatment », *in* REINISCH (A.), *Standards of protection*, Oxford University Press, 2008, p. 29, BJÖRKLUND (A.), « The National treatment Obligation », *in* YANNACA-SMALL (K.), (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements : A Guide to Key Issues,* Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 411-444, LAURIOL (T.)**,** « Le traitement national », *RGDIP,* 2015, n°1, pp. 47-67, CREPET DAIGREMONT (C.), « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale relative à l'investissement international », *in* LEBEN (C.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements,* Paris, LGDJ, pp. 107-162.

## A. La reformulation du standard

Le principe du standard du traitement national est d'interdire aux États hôtes de traiter les investisseurs étrangers de manière défavorable que les investisseurs nationaux. Afin de favoriser véritablement l'égalité des conditions dans lesquels tous effectuent leurs opérations économiques, il a paru nécessaire aux rédacteurs des accords régionaux d'investissement de circonscrire ce standard qui semblait équivoque. Ceux-ci ont inséré dans les textes le concept de « *dans les circonstances analogues* » **(1)** qu'ils s'essaieront de clarifier en tenant compte de leurs objectifs de développement **(2).**

### *1. La référence aux « circonstances analogues »*

Tous les récents accords d'investissement des CER africaines ont précisé les circonstances dans lesquelles les investisseurs et les investissements bénéficieraient d'un traitement égal à celui dont jouiraient les opérateurs locaux. Après analyse de ces instruments juridiques, on arrive à la conclusion que le traitement national ne saurait être appliqué qu'aux investisseurs nationaux et étrangers dont la situation est comparable. Il ne saurait concerner que des investisseurs se trouvant et opérant dans des circonstances identiques[196]. Même si le qualificatif « identiques » est retenu dans certaines formulations du traitement national, la jurisprudence arbitrale démontre dans l'Affaire *Feldam c. Mexique* que les investisseurs ne sont pas obligés d'exercer une activité identique pour que soit établie l'analogie des circonstances[197].

Le Modèle de traité d'investissement de la CAE et l'Accord révisé du COMESA sur les investissements en ont fait de même en soulignant la nécessité de *« in like circumstances »*[198]. La CEDEAO n'est pas restée de marbre dans cette course à la

---

**196** L'on observe une disparité des formulations conventionnelles relativement à la question des « circonstances identiques ». L'ALENA fournit un exemple en la matière. L'article 1102 de cet Accord prévoit l'obligation des États d'accorder aux investisseurs étrangers le même traitement que celui qu'ils réservent dans des « circonstances analogues » aux investisseurs nationaux. Dans la traduction du texte en anglais retient *« like circumstances »* et le texte espagnol *« circunstancias similares ».* Dans les textes écrits en français, on rencontre généralement « circonstances analogues », « circonstances identiques », « circonstances similaires ». Toutes ces formulations sont très proches, à quelques nuances près. DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.,* p. 339.

**197** L'investisseur spécialisé dans la production de cigarettes et l'autre spécialisé dans la vente de ces produits (cigarettes) se trouvent dans des circonstances identiques. Ils n'ont pas à appartenir au même corps de métier. Voir CIRDI, *Affaire Feldam c. Mexique*, n°ARB(AF)/99/1, 16 décembre 2002, ICSID Reports, vo. 7, § 170-171.

**198** L'article 4 § 1 du EAC Model Investment Treaty dispose que « *[…] each Member State shall accord to investors and their investments treatment no less favourable than the treatment it accords, in like circumstances, to its own investors and to their investments ».* Quant au *COMESA Common Investment Agreement* révisé, il a pratiquement repris à la lettre les dispositions de l'article 17 de la version de 2007 se rapportant au traitement national. Aux termes de son article 17, *« […] each Member State shall accord to*

modification des standards de protection. Son Code des investissements (ECOWIC) adopté en 2018 soumet l'obligation du traitement national à l'identification des investisseurs et leurs investissements dans des circonstances analogues ou similaires[199].

En effet, lorsque la CNUCED déclarait que *« in fact, no single country has so far seen itself in a position to grant national treatment without qualifications […]»*[200], il y avait encore des textes d'investissement qui n'exigeaient pas la similarité de situations pour jouir de cette clause. Certains n'ont même pas daigné prévoir cette clause. Les rédacteurs du Protocole sur la Finance et l'Investissement de la SADC de 2006 avaient opté pour une omission pure et simple de cette règle de protection qui s'est enracinée dans la pratique des TBI. Cette approche plutôt inhabituelle était également observable dans l'Accord de l'ASEAN sur la promotion et la protection des investissements conclu en 1987 et dans les premiers TBI signés par la Chine, la Norvège et la Suède[201].

L'omission de ce standard dans le PFI de 2006 provoque une application en demi-teinte de l'obligation générale de non-discrimination. De quelque façon que l'on interprète ce choix, il en ressort une volonté manifeste des États membres de la SADC de réformer le régime international des investissements en vue d'éviter une protection outrageuse et potentiellement préjudiciable aux intérêts de la Communauté. Quoique l'intention ait été noble, la méthode adoptée semble annihiler les chances de sa réalisation. D'où le passage des accords régionaux d'investissement ultérieurs à une autre donne qui consiste à recourir au standard du traitement national.

Le PFI révisé a réintégré le standard du traitement national en disposant qu'*« un État partie accorde aux investisseurs et à leurs investissements un traitement non moins*

---

*COMESA investors and their investments treatment no less favourable than the treatment it accords, in like circumstances, to its own investors and to their investments with respect to the management, operation and disposition of investment ».*

**199** Sur cette question, ces deux textes apportent davantage de lumière en prévoyant deux paragraphes distincts, l'un consacré au traitement des investisseurs et l'autre au traitement des investissement. Selon l'article 7 de l'ECOWIC qui a, vraisemblablement a tiré son inspiration de l'article 5 de l'Acte additionnel relatif aux investissements, *« (1) Chaque État membre accorde aux i**nvestisseurs** d'un autre État membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde, **dans des circonstances similaires,** à ses propres investisseurs eu égard à la gestion, la direction, l'expansion et la vente ou autre cession d'investissements. (2) Chaque État membre accorde aux **investissements** d'autre État membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde, **dans des circonstances similaires**, aux investissements réalisés par des investisseurs de tout autre État membre de la Communauté eu égard à la gestion, la direction, l'expansion et la vente ou autre cession d'investissements ».*

**200** UNCTAD, *National Treatment*, International Investment Agreement (IIA) Issues Paper Series, 1999, p. 14.

**201** La raison principale de l'omission du standard du traitement national est la décision de l'État hôte de ne pas étendre le traitement préférentiel dont jouit les entreprises nationales aux entreprises étrangères. Voir CNUCED, « National Treatment », *op. cit.,* p. 15-16.

*favorable que celui qu'il accorde,* ***dans des circonstances analogues****, à ses propres investisseurs et à leurs investissements en ce qui concerne la gestion, l'exploitation et l'aliénation des investissements sur son territoire* »[202]. Quelques années plus tôt, la *SADC Model BIT* avait déjà conditionné l'octroi du traitement national à la similarité des circonstances[203].

Les nouveaux accords régionaux africains d'investissement se sont abstenus d'une formulation vague et généralisante du traitement en faisant clairement référence aux « aux circonstances analogues ». De nos jours, cela semble être une évidence. Les avancées des nouveaux textes ne sauraient néanmoins être négligées sur cette question, dans la mesure où cette référence n'était pas faite dans tous les accords d'investissement conclus par les États africains. Pour preuve, le Protocole de la CEDEAO sur l'énergie n'a pas su délimiter le champ d'application du standard du traitement national. Il s'est borné à prévoir qu'on entend par traitement national « *le traitement qui est accordé par une Partie Contractante et qui n'est pas moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres investissements […] »* [204]. Cette disposition, sans doute très ouverte, peut créer une incertitude juridique pour l'État d'accueil et est nettement plus avantageuse pour les investisseurs étrangers qui pourront facilement établir leur violation[205].

Un grand nombre de traités d'investissement continuent d'éluder l'exigence des circonstances analogues[206]. Le tout n'est pas de faire référence aux « circonstances analogues », encore faut-il pouvoir clarifier le concept. Les nouveaux accords régionaux africains s'y sont attelés.

## *2. La clarification de l'analogie des circonstances*

Standard dit « indirect » ou « contingent », le traitement national ne bénéficie pas de la même automaticité que les autres normes[207]. Ses références sont indexées dans un instrument

---

[202]CHIDEDE (T.), « Amendments of Annex 1 of the SADC Protocol on Finance and Investment : Are they yet in force ? », https://www.tralac.org/discussions/article/11875-amendments-of-annex-1-to-the-sadc-finance-and-investment-protocol-are-they-in-force-yet.html, consulté le 15 mars 2020.

[203] L'article 4 §1 de la *SADC Model BIT* prévoit que *« […] each State Party shall accord to investors and their investments treatment no less favorable than the treatment in accords,* ***in like circumstances,*** *to its own investors and their investments with respect to the management, operation and disposition of Investments in its territory ».*

[204] Cf. Article 10 § 3 du Protocole de la CEDEAO sur l'énergie.

[205] KOULA (B. M.), *Le développement durable dans les traités régionaux africains d'investissement : Cas de la CEDEAO et de la SADC*, *op. cit*., p. 70.

[206] Voir DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.,* p. 343.

[207] CAZALA (J.), « Les standards indirects : le traitement de la nation la plus favorable et le traitement national », *op.cit.,* p. 277.

juridique qui se doit de fixer les conditions de la similarité des circonstances exigées. La nouvelle génération d'accords régionaux africains d'investissement n'a plus manqué de s'acquitter de ce devoir capital. Elle a levé l'ambigüité qui pouvait entourer la notion de *« dans des circonstances similaires »*[208]. C'est bon signe, car il y a eu d'importants traités d'investissement, tels que l'ALENA et les premiers TBI conclus par les États-Unis qui mentionnaient le concept de « circonstances analogues » sans le qualifier. Ce défaut de qualification des circonstances a conduit à une inconstance des décisions arbitrales[209].

La notion d'« analogie » ou de « similarité » peut être relative, entraînant une forte dose de subjectivité dans la comparaison des investisseurs. L'Organe d'appel de l'OMC l'a illustrée de fort belle manière : *« […] il ne peut exister de définition précise et absolue de ce qui est 'similaire'. Le concept de la similarité a un caractère relatif qui évoque l'image d'un accordéon. L'accordéon de la 'similarité' s'étire et se resserre en des points différents au gré des différentes dispositions de l'Accord de l'OMC qui sont appliquées. L'étirement de l'accordéon en un quelconque de ces points doit être déterminé par la disposition particulière par laquelle le terme 'similaire' se trouve, ainsi que par le contexte et les circonstances propres à un cas donné auquel cette disposition peut être applicable »*[210].

Parmi les accords d'investissement adoptés par les CER africaines, l'ECOWIC a le mérite d'avoir fourni la meilleure illustration de cette notion. En vertu de l'article 6 § 3 de ce document, *« l'application du concept de « circonstances similaires », requiert un examen global au cas par cas, de toutes les circonstances dans lesquelles un investissement est opéré […] »*[211]. Les circonstances à examiner pourraient se rapporter au secteur d'opération de l'investisseur, à l'objectif de la mesure querellée, au processus réglementaire généralement appliqué à cette mesure et à d'autres facteurs ayant un lien direct avec l'investisseur ou l'investissement par rapport à la mesure en question[212]. Il ne fait pas de doute que ces critères

---

**208** Cf. Article 4 § 2 de la SADC Model BIT, Article 6 § 2 du PFI révisé, Article 4 § 2 du Modèle de traité d'investissement de la CAE, Article 17 § 2 de l'Accord portant amendement du CCIA.

**209** REINISCH (A.), « National Treatment », *in* BUNGENBERG (M.) et al., (ed.), *International Investment Law : A Handbook,* Hart Publishing 2015, p. 846 et p. 859

**210** OMC, Japon – Taxes sur les boissons alcooliques, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, p. 24. Cité par CREPET DAIGREMONT (C.), *La clause de la nation la plus favorisée,* Paris, Pedone, 2015, p. 197.

**211** Toute la disposition se lit comme suit L'article 6 § 3 de l'ECOWIC dispose que *« L'application du concept de* ***circonstances similaires*** *requiert un examen global au cas par cas, de toutes les circonstances dans lesquelles un investissement est effectué, y compris, notamment : a) ses incidences sur la collectivité locale ; b) ses incidences sur l'environnement local, régional ou national, la santé des populations ou sur le patrimoine commun de l'humanité ; c) le secteur dans lequel l'investisseur opère ; d) l'objectif de la mesure en question ; e) le processus réglementaire généralement appliqué par rapport à la mesure en question ; et f) d'autres facteurs directement liés à l'investissement ou à l'investisseur par rapport à la mesure en question ».*

**212** Article 6 § 3 (c) (d) (e) (f) de l'ECOWIC.

plus ou moins économiques contribuent effectivement à l'identification des circonstances analogues. Le langage adopté par l'ECOWIC paraît assez clair, ou mieux, moins flou que dans les textes précédents.

Néanmoins, ce qui frappe dans ce document est l'introduction des considérations extra-économiques dans cette quête, comme les incidences sur la collectivité locale, sur l'environnement local, régional ou national, et sur la santé des populations ou sur le patrimoine commun de l'humanité[213]. Ces nouvelles considérations viennent en réponse à certaines décisions des tribunaux arbitraux qui avaient retenu que seule prévalait la question de savoir si les actions ou les omissions de l'État hôte avaient eu un impact négatif sur les investisseurs étrangers et/ou sur leurs investissements[214].

La nouvelle approche adoptée n'est pas sans importance pour les arbitres en cas de revendications liées au traitement national. Il n'est pas toujours aisé pour les arbitres d'établir la similarité de situation entre des investisseurs. On peut le noter en examinant l'affaires *Al-Tamimi*[215]. La clarification du concept « circonstances analogues » n'est nullement inutile. Cet exercice pourrait permettre aux arbitres d'avoir des indices probants.

L'inclusion du standard du traitement national dans la nouvelle génération d'accords régionaux d'investissement a été opérée de manière savante par les CER africaines. Elle est bienvenue pour les pays en voie de développement que sont leurs États membres. La clarification de cette norme internationale d'investissement en une preuve. Pour le professeur Sornarajah, il est certain que le terme *« in like circumstances* » emprunté au droit du commerce international *« is used to limit the effect of the national treatment requirement »*[216]. Les accords d'investissement conclus par la SADC, la CAE, le COMESA et la CEDEAO ont également prévu des limitations explicites à cette exigence afin de répondre à leurs propres besoins de développement.

---

**213** Cf. Article 6 § 3 (a) (b) de l'ECOWIC et l'article 5 § 4 de l'Acte additionnel de la CEDEAO. Des précisions similaires, mais un peu plus limitées, avaient été faites, à l'article 4 § 2 de la *SADC Model BIT*, à l'article 6 § 2 du PFI révisé, à l'article 4 § 2 du Modèle de traité d'investissement de la CAE, ainsi qu'à l'article 17 § 2 de l'Accord portant amendement du CCIA.

**214** BERNASCONI-OSTERWALDER (N.), COSBEY (A.), et al., *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, Winnipeg, IIDD, 2012, p. 25 ; cité par KOULA (B. M.), *Le développement durable dans les traités régionaux africains d'investissement : Cas de la CEDEAO et de la SADC*, *op. cit.,* p. 74. Voir aussi REINISCH (A.), « National Treatment », *in* BUNGENBERG (M.) et al., (ed.), *International Investment Law : A Handbook,* Hart Publishing 2015, pp. 846 et 859 ; *SADC Model BIT*, Commentary 21.

**215** CIRDI, *Adel a Hamadi Al Tamimi c. Sultanat d'Oman,* Affaire n°ARB/11/33, 3 novembre 2015, § 463.

**216** SORNARAJAH (M.), *International Law on Foreign Investment,* Cambridge, Cambridge University Press, 4th ed, 2017, p. 239.

## B. Les exceptions au standard

L'insertion des exceptions au standard du traitement national est un phénomène relativement récent qui dériverait du premier Modèle de TBI des USA[217]. Des travaux scientifiques récents suggèrent que les États hôtes puissent avoir le droit de discriminer en faveur de leurs propres investisseurs[218]. La nouvelle génération d'accords régionaux d'investissement adoptés par les CER africaines semble avoir suivi ces suggestions. Ces nouveaux textes contiennent aussi bien des exceptions générales **(1)** que spécifiques **(2)** à la règle du traitement national.

### *1. Les exceptions générales*

Le jeu du standard du traitement national revêt un enjeu de taille pour les États d'accueil des investissements. Au regard de l'importance de ce standard dans la conception et la mise en œuvre de leurs stratégies nationales de développement, les États membres des CER africaines sont se sont montrés intransigeants sur leur pouvoir de traiter différemment les opérateurs économiques nationaux et étrangers. La voie a été montrée par le PFI révisé qui dispose à son article 6 § 3 que *« […] State Parties may, in accordance with their respective domestic regulation, grant preferential treatment to domestic investments and investors in order to achieve national development objectives »*[219]. Ces dispositions constituent en effet l'unique exception au traitement national établie par cet instrument juridique. Il n'est pas malaisé de comprendre qu'il s'agit de l'exception primaire, de laquelle pourraient jaillir tant d'autres situations destinées à déroger au standard.

Dans l'espace CEDEAO, les rédacteurs de l'ECOWIC sont séduits par la pertinence de la plume de leurs homologues de la SADC. Ils vont insérer des dispositions similaires et bien plus denses dans le nouveau texte[220], après avoir clamé d'entrée que *« les États membres peuvent adopter des mesures qui dérogent au principe du traitement national […] »*[221]. Les États d'accueil se voient aussi habilités d'accorder un traitement préférentiel aux investisseurs et investissements qu'ils estiment utiles à la concrétisation de leurs objectifs de

---

**217** Voir COLLINS (D.), « National treatment in emerging market investments treaties », *in* SANDERS (A. K.), (ed.) *The Principle of National Treatment in International Economic Law : Trade, Investment and Intellectual Property,* Edward Elgar, 2014, p. 174.

**218** SORNARAJAH (M.), *International Law on Foreign Investment, op. cit.,* p. 239.

**219** Article 6 § 3 du PFI de 2016.

**220** L'acte additionnel de 2008 est resté muet sur la question du traitement préférentiel en ce qui concerne le traitement national.

**221** Article 7 § 1 du PFI révisé.

développement et à la satisfaction de certains besoins internes au bénéfice d'un groupe ou d'une région donnée. Ils ont tout loisir de dénier le droit à un traitement national aux investisseurs qui ne peuvent pas justifier d'une activité économique substantielle sur leurs territoires ou qui réalisent plutôt des activités qui s'opposent à leurs intérêts économiques[222].

L'ECOWIC est, sans doute, le prototype d'accord régional d'investissement qui limite profondément la clause du traitement national dans le souci de soutenir le développement socio-économique des États membres de la Communauté. En vertu des dispositions de ce texte, ceux-ci ont la faculté de concevoir et d'appliquer toutes les mesures destinées à protéger ou à atteindre les objectifs légitimes de bien être public. Cela suppose que certaines mesures étatiques ne constituent pas nécessairement une violation à la clause du traitement national[223]. Les États d'accueil justifient fréquemment la discrimination à l'encontre des investisseurs étrangers par le fait que, s'ils ne sont pas encadrés, les investissements étrangers vont représenter un risque majeur pour ces thématiques[224]. On s'aperçoit que ce qui compte pour les États membres de la CEDEAO est la mise en place de dispositions qui reflètent leur conjoncture socio-économique et qui sont davantage de nature à préserver les intérêts publics nationaux.

Les autres accords régionaux ont également adopté une approche extrêmement restrictive du standard du traitement national. Ils ont choisi de rendre cette exigence inapplicable à des matières et secteurs plus spécifiques.

### *2. Les exceptions spécifiques*

Dans la pratique conventionnelle, il n'est pas rare de rencontrer des listes de secteurs ou d'activités économiques pour lesquels les standards indirects de traitement sont applicables ou inapplicables. On parle de « liste positive » ou de « liste négative »[225]. Plusieurs pays en voie de développement ont significativement limité la portée du traitement national dans leurs TBI respectifs. C'est le cas du Brésil qui a prévu plusieurs exceptions à la garantie du traitement national dans ses accords internationaux d'investissement. Dans son TBI avec le Chili, il réserve un traitement préférentiel aux investisseurs locaux opérant dans le secteur de l'approvisionnement des services gouvernementaux. De même, le TBI de Singapour signé

**222** Article 7 § 3 et 4 de l'ECOWIC.
**223** Article 7 § 2 de l'ECOWIC. Ces questions seront évoquées en profondeur dans le chapitre consacré aux droits des États d'accueil des investissements.
**224** COLLINS (D.), « National Treatment in Emerging Market Investments Treaties », *op. cit,* p. 176.
**225** La « liste positive » est composée de secteurs et d'activités auxquelles le traitement national est applicable. C'est l'inverse qui se produit en ce qui concerne la « liste négative ».

avec la Jordanie précise que les parties contractantes ont le droit de déroger au traitement national dans les secteurs dont la liste est annexée au document[226]. Le TBI entre la Thaïlande et le Canada exclut également du traitement national au profit des investissements effectués dans les secteurs tels que l'aviation, les télécommunications, la pêche ou les services financiers[227].

Composées de pays en voie de développement, les CER africaines ont donc suivi la même cadence en excluant totalement certaines matières et secteurs d'activités économiques de l'application du traitement national dans le but de soutenir les opérateurs locaux. Les accords régionaux adoptés ont établi une liste de mesures dites « non conformes » qui constitue en fait une « liste négative »[228] ou encore une liste d'exclusion de ces mesures ou secteurs de l'obligation du traitement national. L'article 4 § 3 (a) de la *SADC Model BIT* énonce que cette obligation *« […] shall not apply to the measures, present and future, or sectors of activities set out in the Schedules to this Agreement »*. Le Modèle de traité de la CAE a abondé dans le même sens à quelques nuances près. Ce document n'écarte que « les mesures à venir »[229]. Il incombera dorénavant aux États membres de ces CER d'énumérer avec précision et de notifier aux autres États parties à la convention, les différents secteurs et activités soustraits du champ d'application du traitement national.

On lit une volonté des CER africaines de discriminer pour la bonne cause : contribuer au développement des économies locales. Cela n'a rien de surprenant lorsqu'on sait que des auteurs ont ouvertement milité pour l'insertion des limitations à cette clause. Ceux-ci soutiennent que *« les accords d'investissement doivent expressément définir des dérogations au traitement national et convenir d'une liste de dérogations pour les activités et secteurs où le traitement national n'aura pas vocation à s'appliquer […] »*[230].

Aux termes de l'Accord du COMESA révisé et de l'ECOWIC, les investisseurs opérant sur le territoire d'un autre État membre n'ont pas le droit de revendiquer l'application du traitement national en leur faveur si les privilèges existants au sein de l'économie de cet État

---

**226**Article 5 § 2 du TBI entre Singapour et la Jordanie.

**227**Article III, 3° du TBI entre la Thaïlande et le Canada.

**228** La technique de la liste négative est récurrente dans la pratique conventionnelle des USA. Parfois, cette liste est dissymétrique, dans la mesure les secteurs ou les activités exclues de l'application du traitement national les parties contractantes ne sont forcément pas les mêmes. CAZALA (J.), « Les standards indirects : le traitement de la nation la plus favorable et le traitement national », *op.cit.,* p. 292.

**229** L'article 4 § 3 (a) dispose: « *This article shall not apply to future measures or to sectors and activities set out in the Schedules of the present Treaty ».*

**230** BERNASCONI-OSTERWALDER (N.) et all, *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable, op. cit.,* p. 30.

sont exclusivement destinés aux investisseurs locaux dans le cadre des programmes de développement national ou dans des secteurs spécifiques d'investissement[231]. Dès lors, le standard du traitement national ne s'applique pas *« aux subventions ou contributions octroyées à une autorité administrative ou à une entreprise d'État, y compris les emprunts, les garanties et les assurances bénéficiant d'un soutien gouvernemental »*[232].

Bien d'autres mesures étatiques échappent à l'exigence du traitement national. C'est l'exemple, notamment de la matière fiscale, de la propriété intellectuelle ou du secteur culturel[233]. Il s'agit de matières marquées par une grande sensibilité au regard des enjeux de souveraineté et d'identité[234]. Là encore, l'Accord révisé du COMESA et l'ECOWIC sont convergents et plus explicites dans leurs dispositions. Ils prévoient que le principe du traitement national ne s'applique pas aux mesures fiscales visant à assurer la perception effective des impôts, sauf dans le cas où ces mesures provoquent une discrimination infondée[235].

Au-delà des exemples mentionnés, ces textes contiennent des exceptions plus originales relatives à l'ethnicité et aux groupes vulnérables. Ils octroient un traitement préférentiel aux personnes, groupes ou régions défavorisés, en vue de répondre à leurs besoins spécifiques[236]. Le standard du traitement national, tel qu'il est prévu dans les nouveaux accords régionaux d'investissement démontre combien les CER africaines sont déterminées à se départir définitivement de la pratique traditionnelle en matière d'investissement. Le sens donné à sa norme « sœur »[237], c'est-à-dire la clause de la nation la plus favorisée, vient consolider cette thèse.

---

**231** Cf. Article 7 § 5 de l'ECOWIC. L'article 19 § 1 (b) de l'Accord révisé du COMESA s'inscrit dans cette logique. Il prévoit que le traitement national ne s'applique pas aux *« privileges available within the Member State economy made in the exclusive benefit of its own nationals within the framework of its development programmes ».*

**232** Cf. Article 7 § 6 (a) de l'ECOWIC ; Article 19 § 1 (c) de l'Accord révisé du COMESA.

**233** Relativement à la matière culturelle, il convient de citer l'exemple des pays de l'Amérique latine qui ont toujours lutté contre l'influence culturelle étrangère. L'Accord commercial du Chili avec le Canada fournit une belle illustration. Les industries culturelles sont exemptées de traitement national. Voir COLLINS (D.), « National Treatment in Emerging Market Investments Treaties », *op. cit,* p. 176.

**234** DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.,* p. 348.

**235** Cf. Article 19 § 1 (d) de l'Accord révisé du COMESA, Article 7 § 6 (b) de l'ECOWIC.

**236** Cf ; Article 7§ 7 de l'ECOWIC, Article 19 § 2 de l'Accord révisé du COMESA. Les rédacteurs de ces documents juridiques en établissant ces exceptions « originales » au traitement national ont tiré leur inspiration des modèles sud-africains et malaisiens de traité d'investissement qui accordent un traitement préférentiel à des groupes ethniques et régions vulnérables. SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, 4th ed., 2017, *op. cit.,* p.240.

**237** Le standard du traitement national et la clause de la nation la plus favorisée obéissent à une même logique. Le tribunal arbitral l'a si bien souligné dans l'Affaire *Parkerings-Compagniet.* Il déclarait que *« Most favoured nation clauses are by essence very similar to National Treatment clauses. They have similar conditions of*

## § 2. LE RECADRAGE DE LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

La clause de la nation la plus favorisée est une norme conventionnelle qui fait obligation aux États d'accueil d'accorder aux investisseurs d'une nationalité étrangère un traitement non moins favorable que celui réservé aux autres investisseurs étrangers signataires d'un traité concurrent[238]. Il participe ainsi de la libéralisation économique en matière d'investissement. Il faut dire, s'agissant de cette clause, qu'elle a subi pratiquement le même sort que le traitement national dans les accords régionaux africains d'investissement. Elle a connu une révision qui se traduit par sa qualification **(A)** et ses limitations **(B).**

# A. La reconsidération de la clause

L'effet normal de la clause de la nation la plus favorisée est l'élargissement de la portée des droits reconnus aux investisseurs étrangers. Dès qu'un État d'accueil consent qu'un droit soit conféré à un investisseur étranger, il l'étend automatiquement à l'investisseur bénéficiaire de la clause. En matière de commerce international, elle est souvent appliquée de façon mécanique. Mais en droit des investissements, une telle démarche serait risquée. Elle viderait ces traités de leur substance issue des négociations[239]. C'est ce qui explique la qualification de cette clause dans certains textes régionaux **(2).** L'évincer a été la décision prise par les CER les plus sceptiques quant à son utilité **(1).**

## *1. L'omission de la clause*

La clause de la nation la plus favorisée a connu un franc succès dans les accords régionaux d'investissement. Les premiers accords régionaux conclus en matière d'investissement, notamment par les pays arabes dans les années 1970 et 1980 intègrent cette clause. Aux

---

*application and basically afford indirect advantages to their beneficiaries […] »,* CIRDI*, Parkerings-Compagniet, AS c. République de Lituanie,* Affaire n°ARB/05/8*,* sentence du 11 septembre 2007, § 366.

**238** Voir DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.,* pp. 319-322. La clause de la nation la plus favorisée est l'une des dispositions les plus anciennes du droit international. À la suite des travaux de la Commission de droit international des Nations Unies, elle est définie comme *« le traitement accordé par l'État concédant à l'État bénéficiaire, ou par des personnes ou des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec cet État, non moins favorable que le traitement conféré par l'État concédant à un État tiers ou à des personnes ou des choses se trouvant dans les mêmes rapports avec cet État tiers »,* Article 5, *Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée*, Commission du droit international des Nations Unies, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trentième session », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1978, vol. II, 2è partie p. 21 et p. 24. En droit international des investissements, Elle leur interdit donc toute discrimination entre les opérateurs d'une autre nationalité étrangère. ; CNUCED, *Le traitement de la nation la plus favorisée*, *in* Collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords bilatéraux d'investissement, Publications des Nations Unies ; OCDE**,** *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, Documents de travail sur l'investissement international. *DAFFE,* n°2009/2.

**239**DOLZER (R.), SCHREUER (S.), *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, pp.210-211.

termes de l'article 5 de *l'Agreement on investment and free movement of Arab capital among Arab countries* de 1970, les « investissements arabes » bénéficient du traitement de la nation la plus favorisée[240]. L'Accord pour la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les membres de l'Organisation de la conférence islamique (OCI) conclu dans les années 1980 renferme la clause de la nation la plus favorisée[241]. Cette clause est présente dans l'*ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, conclu en 1987 et amendé en 1996[242], ainsi que dans le *Framework Agreement on the ASEAN Investment Area* adopté en 1998[243] . Le Chapitre 11 de l'ALENA de 1992[244] et le Protocole de Colonia pour la promotion et la protection réciproques des investissements au sein du MERCOSUR l'intègrent également[245].

La clause de la nation la plus favorisée est alors très répandue dans les conventions multilatérales restreintes[246]. Elle ne suscitait pas de grandes controverses jusqu'au début du troisième millénaire, période à laquelle son interprétation, dans l'affaire *Maffezini c. Espagne*[247] *« va créer un séisme dans le droit international des investissements »*[248]. Selon les critiques, offrir la possibilité aux investisseurs protégés par un TBI d'importer des dispositions plus favorables d'un TBI tiers conclu par leur État d'accueil, est une interprétation provoquant un déséquilibre entre les parties prenantes. Les critiques, qui se

---

[240]Cf. Article 5 de *l'Agreement on investment and free movement of Arab capital among Arab countries*, texte disponible sur https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2390/download#:~:text=The%20Agreement%20on%20Investment%20and,648%20of%203%20December%201973 , consulté le 5 mars 2020.

[241] Cf. Article 8 de l'Accord pour la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les États membres de l'Organisation de la Conférence Islamique (devenue Organisation de la Coopération Islamique) est disponible sur https://ww1.oic-oci.org/french/conventions/Agreement%20for%20Invest%20in%20OIC%20%20fr.pdf, consulté le 5 mars 2020.

[242] Cf. Article 4 § 2 de l'*ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, disponible sur https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5556/download, consulté le 5 mars 2020.

[243]Cf. Article 8 du *Framework Agreement on the ASEAN Investment Area* adopté en 1998, document disponible sur https://asean.org/wp-content/uploads/2020/12/Framework-Agreement-on-the-ASEAN-Investment-Area.pdf, consulté le 5 mars 2020.

[244] Cf. Article 1103 de l'ALENA

[245] L'article 3 § 2 de l'Accord du MERCOSUR portant sur les investissements, signé le 17 janvier 1994, dispose que *« [c]ada Parte contractante concederá plena protección legal a tales inversiones y les acordará un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores nacionales o de inversores de terceros Estados »*. Ici, la clause de la nation la plus favorisée est inconditionnelle et applicable uniquement au traitement de l'investissement.

[246] CREPET DAIGREMONT (C.), *La clause de la nation la plus favorisée, op. cit.*, pp. 180-183.

[247] Affaire *Maffezini c. Espagne,* n°ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, ICSID Reports vol. 5, p. 396, spéc. § 38et s.

[248] NIKIEMA (S. H.), *La clause de la nation la plus favorisée dans les traités d'investissement*, IISD, Séries Bonnes pratiques, février 2017, p. 1, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/mfn-most-favoured-nation-clause-best-practices-fr.pdf, consulté le 6 mars 2020.

sont enflées de manière spectaculaire, se cristallisent en un point essentiel : *« la latitude donnée aux investisseurs étrangers de réunir des éléments de divers traités conclus par l'État d'accueil et de se tailler un traité sur mesure en faisant fi du caractère bilatéral des engagements pris par deux États dans le contexte d'une négociation précise »*[249].

Dans son rapport final, le groupe d'étude de l'ONU sur la clause de la nation la plus favorisée avait d'ailleurs pointé du doigt les multiples risques engendrés par cette clause en ces termes : *« Il est arrivé que des clauses de la nation la plus favorisée figurant dans un traité de base soient invoquées pour étendre le champ d'application des dispositions dudit traité, et ce de plusieurs manières. Il s'agit en l'occurrence : a) d'invoquer une procédure de règlement de différends non prévue dans le traité de base ; b) d'élargir la portée juridictionnelle du traité lorsque celui-ci circonscrit l'applicabilité de la clause du règlement des différends à une catégorie déterminée de différends, ceux relatifs à l'indemnisation en cas d'expropriation, par exemple ; c) d'écarter l'applicabilité d'une disposition portant obligation de soumettre un différend à une juridiction interne pendant une « période d'attente » de dix-huit mois avant de le soumettre à l'arbitrage international »*[250].

Relativement à cette clause, les voix dissonantes au sujet de la protection accordée aux investisseurs par le Protocole de 2006 sont parvenues à se faire entendre. Les rédacteurs du PFI de 2016 ont été attentifs aux recommandations contenues dans la *SADC Model BIT* de 2012[251]. Ils ont pris la décision d'éliminer la clause de la nation la plus favorisée qui, selon eux, génère plus de problèmes qu'elle n'apporte de solutions. Selon eux, elle altère la substance des accords et recèle plusieurs inconvénients[252]. Le comité de rédaction a noté qu'il devrait s'agir de traités bilatéraux et que, en tant que tels, ils ne devraient pas établir une multilatéralisation involontaire par le biais de la clause de la nation la plus favorisée[253]. Aussi le comité a-t-il noté que la clause de la nation la plus favorisée a été interprétée de manière

---

**249** *Idem.*

**250** ONU, « Rapport final du groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée », *Annuaire de la Commission de droit international,* vol. II, 2ème partie, 2015, p. 16.

**251** L'inclusion de la clause de la nation la plus favorisée dans les TBI a été déconseillé aux États dès la première édition de la *SADC Model BIT* datant de 2012. Lire SADC Model BIT de 2012, *Commentary*, p. 22.

**252** Les investisseurs étrangers ont la faculté d'y insérer des mesures plus généreuses ou des engagements plus fermes que ceux que l'on trouve généralement dans les autres traités. KONDO (T.), « A Comparison with Analysis of the SADC FIP before and after its Amendment », *PER/PELJ 2017(20)-DOI*, p. 10.

**253** Cette position du comité de rédaction rejoint celle de Claire Crépet Daigremont qui opine que *« la clause de la nation la plus favorisée aurait un rôle beaucoup plus conséquent à jouer si elle était multilatéralisée en vue de la libéralisation des investissements ».* CREPET DAIGREMONT (C.), *La clause de la nation la plus favorisée, op. cit.*, p. 188.

très large, et à plusieurs reprises, de manière inattendue dans le cadre d'arbitrages ; ce qui la rend très imprévisible dans la pratique. En découlent des risques inutiles pour les États, en particulier, pour les pays en développement[254].

En tout état de cause, si un État membre de la SADC choisit d'inclure la clause de la nation la plus favorisée dans ses traités, le Comité de rédaction a recommandé qu'il insère le paragraphe suivant dans le texte : « *each State Party shall accord to Investors and their Investments treatment no less favourable than the treatment it accords, in like circumstances, to investors of any other State and their investments with respect to the management, operation and disposition of Investments in its territory* »[255].

Si cette clause est y introduite, il est important de prévoir des clarifications supplémentaires par rapport à d'autres traités, comme indiqué ci-dessus pour le traitement national. Les rédacteurs des textes du COMESA, de la CAE et de la CEDEAO ont choisi cette approche.

## *2. La qualification de la clause*

En dépit de leur volonté d'assurer un traitement non-discriminatoire aux investisseurs et à leurs investissements, les États membres des CER africaines ont oscillé entre le souci de protéger ces derniers et l'objectif de préserver leurs propres intérêts. Tandis que les textes la SADC déconseillent à ses États membres de prévoir la clause de la nation la plus favorisée, les autres CER qui envisagent son introduction dans leurs instruments juridiques ont tout intérêt à jouer la carte de la prudence vis-à-vis de cette clause[256]. Au vrai, si un traité contient un déséquilibre au moment de sa conclusion, la mise en œuvre de la clause de la nation plus favorisée n'a pour effet que de l'accentuer.

Aux antipodes des rédacteurs des nouveaux textes de la SADC et du COMESA, leurs homologues des autres CER (CEDEAO et CAE) ont prévu la clause de la nation la plus favorisée. Assurément, leur visée est d'éviter une législation trop corsetée pouvant faire obstacle aux flux des investissements en provenance des États non-membres de leurs régions

**254** Les raisons de l'éviction de la clause de la nation la plus favorisée sont les suivantes: « *The Drafting Committee noted that these should be bilateral treaties and that, as such, they should not establish unintended multilateralization through the MFN provision.The Committee also noted that the MFN provision has been very broadly, and on several occasions unexpectedly, interpreted in arbitrations, making it very unpredictable in practice. This poses unnecessary risks for States, especially developing countries ». SADC model BIT, p. 23.*
**255** SADC Model BIT de 2017, *Commentary,* p. 23.
**256**SADC Model BIT de 2017, *Commentary*, p.22.

respectives[257]. Néanmoins, ils sont restés vigilants dans la formulation des dispositions relatives à cette clause pour ne pas saper les objectifs de développement durable des États d'accueil des investissements. Ils n'ont pas manqué de la soumettre au principe d'analogie des circonstances. Cet élément déterminant d'octroi du traitement de la nation la plus favorisée a été inséré dans les récents accords régionaux d'investissement en Afrique et s'applique aussi bien aux investisseurs qu'à leurs investisseurs.

Afin d'éviter la confusion souvent constatée entre *traitement préférentiel* et *traitement discriminatoire,* ces instruments juridiques ont intégré la formule déjà retenue pour clarifier le standard du traitement national, à savoir *« dans des circonstances analogues »*. En guise d'exemple, à l'article 5 § 1 du Modèle de traité d'investissement de la CAE, on peut lire que *« […] each State Party shall accord to investors and their investments treatment no less favourable than the treatment it accords,* ***in like circumstances,*** *to investors of any other State and their investments with respect to the management, operation and disposition of Investments in its Territory ».* L'Accord révisé du COMESA et l'ECOWIC ont adopté le même raisonnement en assurant des conditions de concurrence égales entre les investisseurs étrangers désireux de réaliser des opérations d'investissement dans un État d'accueil[258].

On note tout de même que si tous les accords régionaux susmentionnés se sont employés à élucider la formule *« dans des circonstances similaires »* dans le cadre du traitement national, seul l'Accord révisé du COMESA en fait de même pour la clause de la nation la plus favorisée[259]. Des textes étudiés, c'est le seul qui requiert, préalablement à l'octroi de cette clause, un examen global au cas par cas de toutes les circonstances dans lesquelles se trouve un investissement pour éviter une mauvaise interprétation de la formule[260]. Le silence des autres textes pourrait trouver sa justification dans l'application de la règle de l'identité de genre ou *ejusdem generis* en vertu de laquelle *« la clause de la nation la plus favorisée ne peut produire son effet d'attraction que si les droits concédés par l'État tiers ont le même*

---

**257** CANO LIÑARES (M. A.), « El panorama de la integración regional en el continente africano», *Reformas de las Instituciones Económicas Internacionales,* disponible sur https://www.researchgate.net/publication/264543716_Panorama_de_la_integracion_en_el_continente_africano, consulté le 17 avril 2020.

**258** Des dispositions similaires à celles de l'article 5 § 1 du modèle de traité de la CAE sont lisibles dans l'article 18 § 1 de l'Accord révisé du COMESA, l'article 6 § 1 et 2 de l'Acte additionnel de la CEDEAO de 2008, ainsi que dans l'article 8 § 1 et 2 de l'ECOWIC.

**259** Il est fréquent que les accords d'investissement se contentent d'énoncer la clause de la nation la plus favorisée sans en expliquer le mécanisme. Voir CAZALA (J.), « Les standards indirects de traitement : traitement de la nation la plus favorisé et traitement national », *op. cit.,* p. 279.

**260** L'article 18 § 2 de l'Accord révisé du COMESA dispose que *« For greater certainty, references to « like circumstances » […] requires an overall examination on a case-by-case basis of all the circumstances of an investment […] ».*

*objet que ceux que vise cette clause »*[261]. Cette règle semble fournir des indicateurs suffisants à l'interprétation de la formule dans la mesure où elle circonscrit l'application de la clause de la nation la plus favorisée aux matières régies par l'accord de base[262].

Il aurait tout de même été opportun d'apporter davantage de précisions à cette clause ; une opportunité que Claire Crépet Daigremont explique comme suit : *« Plus les critères de similarité sont larges, plus grande est la portée de la clause et plus exigeante est l'obligation vis-à-vis de l'État. L'élaboration des critères de comparaison doit ainsi répondre à un souci d'équilibre afin que les clauses de la nation la plus favorisée conservent leur pleine efficacité, sans pour autant exiger de l'État plus qu'il ne peut être raisonnablement attendu de lui […] Les critères de similarité ne devraient pas sortir du hasard […] Ils devraient être commandés par un point de vue comparatif, sinon le jugement de similarité serait arbitraire »*[263].

Somme toute, les textes relatifs aux investissements élaborés par la CAE, le COMESA et la CEDEAO ont pris parti pour une approche restrictive du standard de la nation la plus favorisée. La particularité de ces documents par rapport aux TBI traditionnels réside dans les limites qu'ils lui fixent. Il est certain que l'obligation de « similarité des situations » qui y est introduite comme base de comparaison des investisseurs et des investissements étrangers pouvant bénéficier de ce traitement en constitue un bémol. La clause de la nation la plus favorisée se trouve davantage écornée par une série limitations.

## B. Les limitations à la clause

La portée de la clause de la nation la plus favorisée est d'une grande sensibilité dans les textes portant sur les investissements. Le modèle de traité de la CAE, l'Accord révisé du COMESA et l'ECOWIC n'échappent pas à cette réalité. Les rédacteurs de ces documents, chacun à sa manière, ont tenté de déterminer le champ d'application de cette clause. Cette dernière fit l'objet de limitations temporelles et territoriales **(1)** ainsi que de limitations touchant à son champ d'application matériel **(2).** Anqi Wang souligne opportunément que *«[c]es limitations reflètent le désir des parties de maintenir le contrôle sur les investisseurs étrangers ou leur préférence pour une libéralisation progressive plutôt qu'immédiate »*[264].

---

**261** CARREAU (D.), JUILLARD (P.) et all**.,** *Droit international économique*, *op. cit.,* p. 629.
**262** KOULA (B. M.), *Le développement durable dans les traités régionaux africains d'investissement : Cas de la CEDEAO et de la SADC*, *op. cit*., p.88.
**263** CREPET DAIGREMONT (C.), *La clause de la nation la plus favorisée, op. cit.*, p. 195.
**264** Traduction personnelle. L'auteur considère que *« [s]uch limitations reflect parties' desire to maintain control over foreign investors or their preference for step-by-step rather than immediate liberalization ».*

## *1. Les limitations* ratione materiae

La clause de la nation la plus favorisée peut soulever la question de savoir si, eu égard à sa dimension universelle, elle déploie l'ampleur de ses effets autant sur le plan substantiel que sur le plan procédural. En clair, l'on se demande si cette clause peut aussi s'appliquer au règlement des différends. Cette interrogation a suscité un tollé en droit international des investissements à la suite de la décision controversée du tribunal arbitral dans l'Affaire *Maffezini c. Espagne.* Le tribunal s'est en effet déclaré compétent pour connaître d'une demande jugée recevable en vertu du traitement de la nation la plus favorisée. Il admet de la sorte que les dispositions d'usage en matière de règlement des différends sont sujettes à la force d'attraction de ce standard. Cette décision arbitrale a installé, jusqu'à aujourd'hui, un profond désaccord sur sa portée exacte[265]. Les accords d'investissement élaborés par la CAE, le COMESA et la CEDEAO parviendront tout de même à clore définitivement ce débat.

L'Accord révisé du COMESA prévoit que les États d'accueil ne sont pas obligés de réserver ce traitement aux investisseurs COMESA au nom d'une quelconque procédure de règlement des différends contenue dans une autre convention[266]. L'ECOWIC et le Modèle de traité de la CAE, eux, ont haussé le ton en levant plutôt le voile sur les dispositions qui ne doivent en aucun cas pris en compte dans l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée. À ce propos, le premier souligne que *« le traitement auquel il est fait référence […] n'inclut pas les procédures de règlement des différends prévues dans d'autres traités. Les obligations de fond découlant d'autres traités ne constituent pas non plus le traitement couvert par ce Code »*[267]. On trouve des dispositions quasiment identiques à l'article 5 § 3 du second document[268].

Cette prise en compte des maux liés à l'application extensive de la clause de la nation la plus favorisée observée dans ces CER africaines s'inscrit dans la dynamique moderne du

---

WANG (A.), *The Interpretation and Application of the Most-Favored-Nation Clause in Investment Arbitration*, Brill, Nijhoff, 2022, p. 88.

**265** DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, pp. 351-354.

**266** Article 18 § 3 (d) de l'Accord révisé du COMESA.

**267** Article 8 § 4 e l'ECOWIC. Il importe de rappeler que l'Acte additionnel de la CEDEAO de 2008 limitait déjà la clause de la nation la plus favorisée aux dispositions de fond en énonçant qu'elle s'applique uniquement à toutes les dispositions substantielles contenues dans les conventions internationales portant sur les investissements. Cf. Article 6 § 1 (b) de l'acte additionnel de 2008.

**268** L'article 5 § 3 du Modèle de traité de la CAE dispose : *« For greater certainty the treatment referred to in Paragraph 5. 1 and 5. 2 does not include dispute settlment provisions provided for in other treaties, including those provided for in other investment treaties […] ».*

droit international des investissements[269]. Les limitations matérielles à ce traitement supposent également l'existence d'un certain nombre d'exceptions. Quelques accords régionaux africains excluent les questions fiscales du jeu de la clause de la nation la plus favorisée. Il en est ainsi parce que, habituellement, les États adoptent des instruments juridiques spécialement consacrés à la matière fiscale, interdisant souvent les mesures de double imposition dans l'optique de la promotion des investissements[270].

L'Accord révisé du COMESA prévoit que les dispositions relatives à l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée n'obligent pas les États de leurs Communautés respectives à étendre aux investisseurs des autres États membres l'avantage de quelque traitement, préférence ou privilège contenu dans un accord international ou une entente internationale liée en tout ou majeure partie à l'imposition[271]. Quant au Modèle de traité d'investissement de la CAE et à l'ECOWIC, ils n'excluent pas expressément les mesures fiscales de la portée de la clause de la nation la plus favorisée[272]. Cela a de quoi surprendre lorsqu'on s'aperçoit que dans la plupart des conventions d'investissement, ce type d'exclusion concerne davantage ce standard que celui du traitement national[273].

En dehors des mesures fiscales, d'autres matières sont tenues hors du champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée. Selon l'Accord révisé du COMESA, les États d'accueil ne sont pas obligés d'accorder ce traitement contenu dans *« any other international agreements, or chapters of international agreements pertaining to the promotion or protection of investment »*[274].

---

**269** Selon une étude l'OCDE, *«[s]ince 2004, the share of new treaties that provide for such an explicit exclusion of dispute settlement arrangements from the scope of MFN [Most-Favored-Nation] has grown steadily and has in recent years become an almost systematic feature in new treaties ».* OECD, « The Interaction between Most-Favoured-Nation Clauses and Disputes Settlement Arrangements in Investment Treaties », in *The Future of Investment Treaties*, Meeting Background, Track 2, 30 November 2022, pp. 3-4, disponible sur https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/most-favoured-nation-clauses-dispute-settlement-investment-treaties.pdf, consulté le 3 janvier 2023.

**270** KOULA (B. M.), *Le développement durable dans les traités régionaux africains d'investissement : Cas de la CEDEAO et de la SADC*, *op. cit*., p. 94. Pour une analyse approfondie lire UNECA, Les liens entre les conventions de double imposition et les traités bilatéraux relatifs aux investissements, Addis-Abeba, 2020, 75 p. Voir aussi BEN HAMIDA (W.), « Droit fiscal et droit international des investissements », *in* ROBERT-CUENDET (S.) (dir.), *Droits des investissements internationaux : perspectives croisées,* Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 121.

**271** Lire l'article 6 § 5 iii) de l'Acte additionnel de 2008 et l'article 18 § 3 b) de l'Accord révisé du COMESA.

**272** Dans l'ECOWIC, l'exclusion des mesures fiscales ne concerne que le traitement national (article 7 § 6 (b) tandis qu'elle est inexistante dans le Modèle de traité de la CAE.

**273** Dans certains traités d'investissement, l'exclusion des mesures relatives à la fiscalité ne touchent qu'à la clause de la nation la plus favorisée, tandis que dans d'autres, moins nombreux, elle s'étend au standard du traitement national. CAZALA (J.), « Les standards indirects de traitement : traitement national et traitement de la nation la plus favorisée », *op. cit.,* p. 291.

**274** Article 18 §3 c) de l'Accord révisé du COMESA.

L'ECOWIC est de loin l'instrument régional d'investissement le plus novateur en termes de limitations matérielles à la clause de la nation la plus favorisée. Chose plutôt rare dans les accords internationaux d'investissements, ce texte égrène un chapelet d'exceptions à cette obligation. On note des « exceptions générales », des « exceptions relatives à la sécurité », des « exceptions spécifiques » et des exceptions se rapportant aux « mesures financières et prudentielles » et à la « reconnaissance mutuelle »[275]. Malgré l'ampleur de ces limitations, la clause de la nation la plus favorisée en connaît d'autres formes ; expression d'un renouveau du cadre réglementaire des investissements des CER africaines.

### *2. Les limitations* ratione temporis *et* ratione loci

Les dispositions portant sur la clause de la nation la plus favorisée peuvent varier au gré du contexte, de l'objet et du but des traités dans lesquels elles sont énoncées. Tandis que certaines dispositions sont formulées de façon générale, il y en a d'autres qui le sont de façon plus stricte[276]. En effet, les accords d'investissement marqués par une vision libérale du traitement de la nation la plus favorisée prévoient l'obligation de l'octroyer aux investisseurs à la phase d'établissement de leurs investissements. Cela implique que la protection conventionnelle renvoie aux conditions d'admission d'un investissement et permet aux investisseurs étrangers de jouir de certains droits même lorsque l'investissement envisagé est encore en gestation. Au fond, il s'agit de la reconnaissance d'un droit d'établissement au profit des investisseurs étrangers, comme c'est le cas au sein de l'Union européenne[277].

Il serait erroné de ranger les nouveaux accords régionaux africains d'investissement dans cette catégorie de textes au regard de leur orientation sur la question. Une analyse sommaire des instruments juridiques étudiés révèle une absence du traitement de la nation la plus favorisée à la phase précédant l'établissement d'un investissement dans un État d'accueil. Le Modèle de traité d'investissement de la CAE a tranché cette question en précisant que *« the Most favoured nation clause (under paragraph 5. 1) does not include pre-*

---

[275] Lire article 9 de l'ECOWIC est consacré à toutes les exceptions à la clause de la nation la plus favorisée. A la vérité, toutes ces exceptions constituent une reconnaissance du droit de réglementation au profit des États d'accueil des investissements dans l'espace. Cette reconnaissance fera l'objet d'une étude plus approfondie dans nos prochains développements.

[276] OCDE, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, Document de travail sur l'investissement international, N° 2004/2, p. 7, disponible https://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/FR%20WP-2004_2.pdf, consulté le 20 mai 2020.

[277] Il convient tout de même de nuancer pour dire que ce droit d'établissement reconnu par les États n'est un nullement un droit à l'admission automatique dont pourrait se prévaloir un investisseur étranger. DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.,* p. 331.

*establishment commitments »*[278]. L'Accord révisé du COMESA et l'ECOWIC se sont montrés moins incisifs. Ils énoncent, en des termes relativement identiques, que le traitement de la nation la plus favorisée accordé aux investisseurs étrangers et à leurs investissements ne concerne que la gestion, la direction, l'exploitation et l'aliénation de ces investissements[279].

Par conséquent, seule la phase post-établissement est couverte par l'exigence du traitement national dans ces textes. La démarche est intéressante, puisque *« les obligations de « pré-établissement peuvent réduire sensiblement le contrôle qu'un gouvernement peut exercer sur le flux des investissements étrangers »*[280]. Il est juste d'y voir l'évitement d'une protection des investisseurs étrangers en amont qui ne garantirait pas le développement des États d'accueil en aval.

Toujours au titre des limitations temporelles, il convient d'évoquer le choix de ces instruments juridiques d'appliquer la clause de la nation la plus favorisée aux seuls accords futurs. Le Modèle de traité d'investissement de la CAE et l'Accord révisé du COMESA sont instructifs à ce sujet. Ces deux textes affirment, dans un langage rigide, que les avantages découlant de la clause de la nation la plus favorisée ne doivent pas être étendus aux accords d'investissement ou de libre-échange existants avant leur entrée en vigueur[281]. Au sein de la CEDEAO, l'Acte additionnel de 2008 énonce que l'exigence du traitement de la nation la plus favorisée concerne les dispositions d'autres accords d'investissement signés *a posteriori*[282]. En tout état de cause, cette approche des accords régionaux d'investissement sus évoqués constitue un rempart aux investisseurs qui voudraient extraire dans les traités tiers les règles d'investissement qui leur semblent favorables ou bénéfiques. La flambée des exigences de ces traités tiers à l'égard des États d'accueil se trouvent, par conséquent, maîtrisée[283].

---

**278** Commentaire de l'article 5 du modèle de traité de la CAE sur la clause de la nation la plus favorisée.

**279** Cf. Article 6 § 2 de l'acte additionnel de 2006, Article 8 § 1 et 2 de l'ECOWIC, Article 18 § 1 de l'Accord révisé du COMESA.

**280** COTULA (L.), « Traité d'investissement et développement durable : la libéralisation des investissements », *IIED Briefing*, 2014, disponible sur https://www.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/17239FIIED.pdf, consulté le 23 mai 2021.

**281** En vertu de l'article 18 § 1 de l'Accord révisé du COMESA, la clause de la nation la plus favorisé *« shall not apply to investment agreements entered into by Member States with non-Member States prior to the entry into force of this Agreement ».* Aux termes de l'article 5 § 2 i), cette clause ne concerne pas les dispositions contenues dans les *« bilateral investment treaty and free trade agreement entered into force prior to this Treaty ».*

**282** Article 6 § 1 (b) de l'Acte additionnel de 2008.

**283** KOULA, KOULA (B. M.), *Le développement durable dans les traités régionaux africains d'investissement : Cas de la CEDEAO et de la SADC*, *op. cit.,* p. 91.

L'exception classique relative aux accords d'intégration économique régionale[284] n'a pas été omise par les accords régionaux africains. Bien au contraire, elle a été confortée. L'ECOWIC, reprenant l'esprit de l'Acte additionnel de 2008, pose que les États d'accueil ne sont pas obligés à concéder aux investisseurs étrangers les avantages liés à tout traitement, préférence ou privilège prévu dans *« un accord existant ou futur de zone de libre-échange, d'une union douanière, d'un marché commun ou dans tout accord international auquel l'État d'origine de l'investisseur n'est pas partie »*[285].

Le Modèle de traité d'investissement de la CAE et l'Accord révisé du COMESA se trouvent sur la même longueur d'onde[286]. Un auteur faisait observer que les avantages concédés dans la cadre d'une intégration économique régionale aux opérateurs ressortissants des États membres *« n'ont pas à être étendus au reste du monde, d'une part parce que les conséquences peuvent être dévastatrices pour l'État d'accueil et d'autre part parce qu'une telle solution ruinerait l'intérêt même d'une organisation économique régionale »*[287]. On pourrait soutenir que cette limitation expresse de la clause de la nation la plus favorisée contenue dans ces instruments juridiques sont d'un grand secours pour les CER africaines, dont l'ultime défi demeure le développement des États membres.

S'il est entendu que toute exception est potentiellement menaçante pour le principe qu'il vient contredire, l'on conviendra volontiers que les standards indirects de protection énoncés par la nouvelle génération d'accords régionaux africains ont été fragilisés. Les CER africaines considèrent que tout débordement dans l'octroi d'un traitement non-discriminatoire aux investisseurs donnerait un caractère rétrograde à leurs textes qui sont

---

**284** Pour étude approfondie des exceptions à la clause de la nation la plus favorisée, lire UNCTAD, *Regional Economic Integration Organisations (REIO) Exceptions in MFN Treatment Clauses, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*, New York and Geneva, 2004, 84 p.

**285** L'Acte additionnel de 2008 renferme des dispositions similaires en son article 6 § 5.

**286** Aux termes de l'article 5 § 2 (iii), les dispositions de la clause de la nation la plus favorisée *« shall not apply to concessions, advantages, exemptions or other measures that may result from any multilateral or regional agreement relating to investment or economic integration in which a State Party is participating or may participate ».* L'article 18 § 3 (a) de l'Accord révisé du COMESA dispose que *« Nothing […] shall oblige a member State to extend to COMESA investors the benefits of any treatment, preference or privilege resulting from a) any customs union, free trade area, common market or monetary union, or any similar international convention or other regional preferential arrangements, present or future, of which any of the Member States is or may become Party ».*

**287** DE NANTEUIL (A.)*, Droit international de l'investissement, op. cit.,* p. 361. Le professeur Labidi saluait, lui aussi, l'introduction de cette exception dans les textes relatifs aux investissements, en ce qu'elle constitue l'unique voie pour éliminer le risque d'une extension de la clause de la nation la plus favorisée aux bénéfices concédés par les organisations régionales d'intégration économique. Voir LABIDI (H.), « Où va la clause de la nation la plus favorisée en droit international des investissements », *in* HORCHANI (F.) (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre,* Paris, Pedone, 2006, p. 37.

destinés à marquer un saut qualitatif vis-à-vis des TBI traditionnels. La même vue a présidé à la prévision des standards directs de protection.

## SECTION II. LA RECONSIDÉRATION DES STANDARDS « DIRECTS » DE PROTECTION

Soucieux de créer un climat favorable aux investissements, les CER africaines ont inséré quelques standards « directs » de protection des investisseurs et de leurs investissements dans leurs instruments juridiques y relatifs. Toutefois, le degré de la protection accordée dans ces textes est bien inférieur à celui des TBI classiques. Le traitement juste et équitable a été refondu. Confondue, à tort, avec ce standard dans plusieurs textes relatifs aux investissements, la pleine et entière protection et sécurité, parfois appelée simplement « protection constante »[288], a également connu une mutation **(§ 1).** Il en est de même de la protection contre l'expropriation et le libre transfert des capitaux **(§ 2).**

### § 1. LA MUTATION DU TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE ET DE LA « PROTECTION CONSTANTE »

L'obligation du traitement juste et équitable relève d'une pratique conventionnelle constante en droit international des investissements[289]. Son application n'implique pas une comparaison avec les investisseurs tiers, qu'ils soient nationaux ou étrangers[290]. Ce standard est très flou[291] et soulève, par conséquent, de vives polémiques dans la pratique du droit international des investissements. Les débats houleux consécutifs à ses conséquences habituelles et potentielles ont abouti à son omission dans certains textes régionaux et sa reconstruction avec doigté dans d'autres **(A)**. Plus précise, l'obligation de protection pleine et entière suscite moins de controverses[292]. Cela n'a toutefois pas empêché les CER

---

**288** Voir DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.,* p. 424. Eric de Brabandère ajoute que *« Some treaties refer to 'full protection and security' while others provide for 'protection and security' or 'constant protection and security' ».* DE BRABANDERE (E.), « Fair and Equitable Treatment an (Full) Protection and Security in African Investment Treaties Between Generality and Contextual Specificity », *op. cit*., p. 535.

**289** Cette norme était déjà prévue dans les tous instruments multilatéraux d'investissement. Voir notamment l'article 48 du Projet de code de conduite des sociétés transnationales de 1983, l'Article 12 (d) portant création de l'AMGI de 1985, l'article III (2) des Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger élaborés par la Banque mondiale en 1992,

**290**JEAN (G-A.), *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, Thèse de doctorat en Droit, Université Paris-Dauphine-Université autonome de Madrid, 2016, p. 102.

**291**OLE VOSS (J.), The *Impact of Investments Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors,* Leiden*,* Martinus Nijhoff, 2010, p. 199.

**292**Abas Kinda relève que l'obligation de protection et de sécurité qui pèse sur les États d'accueil des investissements posent d'énormes difficultés concrètes d'application, du fait de l'incertitude autour de sa

africaines de la reconsidérer dans leurs récents instruments juridiques relatifs aux investissements **(B).**

## A. Le traitement juste et équitable, un standard repensé

*« Redoutable question que celle du traitement juste et équitable !»*[293] Les réflexions de la doctrine consistant à délimiter un territoire propre à ce standard ont débouché sur la conclusion qu'il est une clause composite, non seulement équivalent au standard minimum international[294], mais aussi franchissant les frontières de ce dernier. Ainsi semble-t-il obéir à une construction panachée dont les composantes les plus récentes sont le respect de la transparence et des attentes légitimes des investisseurs[295]. Toutefois, ce standard de protection des investisseurs continue de revêtir un caractère éminemment problématique. Il a connu des fortunes diverses dans les instruments juridiques d'investissement adoptés par les CER africaines. Cette norme de protection a été tempérée dans certains textes **(2)**, alors qu'elle a été éludée par d'autres **(1).**

### *1. L'évitement du standard*

Les ambigüités et les incertitudes sémantiques que traînent le traitement juste et équitable représentent un écueil pour la promotion des investissements. Pour Roland Kläger, elles

substance. En effet, son existence et sa consistance sont moins évidentes que les autres standards de protection des investisseurs et de leurs investissements. En effet, ces dernières années, les tribunaux chargés de trancher les différends relatifs aux investissements sont constamment sollicités par les investisseurs pour statuer sur des allégations de violation de cette obligation par les États d'accueil des investissements. Voir KINDA (A.), *L'obligation de protection pleine et entière en droit international des investissements,* Thèse de doctorat en droit public, Université de Bourgogne Franche-Comté, 2022, Résumé.

**293** DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.,* p. 366.

**294** Le standard minimum de traitement est une « notion chatoyante » construite sur la conviction qu'il y a un *corpus* de règles coutumières qui protègent les étrangers pris individuellement sur le territoire d'un autre État. Ce droit reconnu aux étrangers a reçu une grande attention à la fin du XIX è siècle et dans la première moitié du XX è siècle. KLÄGER (R.), *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, op. cit.,* pp. 48-60. Ce standard énonce un ensemble de principes que les États doivent respecter à l'égard des ressortissants étrangers et de leurs biens, indépendamment de leur législation nationale et de leurs pratiques. Sa violation peut engager la responsabilité internationale de l'État hôte. OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements, op. cit.,* p. 9 ; voir aussi UNCTAD, *Fair and equitable Treatment,* UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012, pp. 23-28.

**295**DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.,* pp. 334-341 ; Voir aussi WEILER (T.), *Interpretation of International Investment Law : Equality, discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Martinus Nijhoff, 2013, pp. 183-240, OCDE, *La norme du traitement juste et équitable en droit international des investissements,* Editions OCDE, 2004, 44 p. ; KLÄGER (R.), *Fair and Equitable treatment in International Investment Law,* Cambridge University Press, 2011, 361 p.; TUDOR (L.), *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment,* Oxford University Press, 2008, 315 p; VASCIANNIE (S.), « The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice », *British Yearbook of International Law*, vol. 70, 2000, p. 99-164.

amenuisent les chances de développement des États d'accueil des investissements[296]. Il était donc de la plus haute importance pour les CER africaines de ne pas laisser ce danger se répandre sur les économies nationales de leurs États membres.

La SADC, dans son Protocole sur la Finance et l'Investissement de 2006, avait repris ce standard de protection largement disséminé dans le contenu des accords internationaux d'investissement. Mais la disposition y afférente était marquée par un laconisme qui déteignait sur sa clarté. Elle était restée équivoque sur la signification et la portée réelle du traitement juste et équitable concédé par la Communauté aux investisseurs, ouvrant ainsi la voie à toute sorte d'interprétation de la clause[297]. Malgré son désir d'adaptation communautaire du régime international des investissements lisible entre ses lignes[298], le Protocole de 2006 contenait un vice majeur : l'élasticité du traitement juste équitable, tel qu'il l'avait prévu, pourrait emporter des inconvénients aux États d'accueil des investissements. À ce sujet, le CIRDI dans l'affaire *Waste Management c. United Mexican State,* a estimé que *« the standard is to some extent a flexible one which must be in some circumstances adapted to a particular case* »[299].

Dès lors, la SADC a acté la suppression de cette clause dans la version amendée du Protocole sur la Finance et l'Investissement de 2006. Il suffit de se référer au préambule du nouveau texte pour comprendre la raison de cette option radicale des États membres. Ces derniers ont compris que certaines dispositions du Protocole de 2006 *« […] n'établissent pas un équilibre convenable entre la nécessité de protéger l'investisseur et celle de ménager une marge de manœuvre suffisante pour l'État d'accueil en termes de politique de développement »*[300]. La clause du traitement juste et équitable ne serait donc pas de nature à favoriser une régulation des investissements favorable aux États d'accueil. L'introduction

---

**296** KLÄGER (R.), « Fair and Equitable Treatment and Sustainable Development », *in* CORDONIER SEGGER et al., *Sustainable Development in World Investment Law,* Kluwer Law International, BV, 2011, p. 251.

**297**KONDO (T.), « A Comparison with Analysis of the SADC FIP before and after its Amendment », *PER/PELJ 2017(20)-DOI*, p. 17.

**298***« Notwithstanding the provisions of article 6, States Parties may in accordance with their respective domestic legislation grant preferential treatment to qualifying investments and investors to achieve national development objectives* », Article 7 de l'Annexe 1 du Protocole de la SADC de 2006.

**299**CIRDI*, Waste Management v. United Mexican States,* affaire n° ARB(AF)/00/3, 26 juin, 2002.

**300** Préambule de l'Accord portant amendement de l'annexe 1 du protocole sur la finance et l'investissement de 2006.

du traitement national dans l'accord de 2016 fait office de solution de rechange suffisante à cette importante clause[301].

Le traitement juste et équitable, ce standard qui a « envahi » une majeure partie des accords internationaux d'investissement[302], n'a pas épargné l'Acte additionnel de la CEDEAO portant sur les investissements. Conformément à son article 7 intitulé « normes régionales minimales », cet Accord s'y réfère explicitement et le fonde sur le droit international coutumier[303]. Il ajoute que le traitement à octroyer aux investisseurs et à leurs investissements ne peut être que l'équivalent du traitement minimum des étrangers[304] ; synonyme d'un retour à l'usage coutumier du standard minimum international et d'une volonté de restreindre le pouvoir d'interprétation des tribunaux arbitraux. Cette disposition, inspirée de l'article 1105 (1) de l'ALENA[305], est bien pensée certes. Mais elle n'est pas suffisante à arrêter la créativité des arbitres[306].

Les rédacteurs du nouveau Code d'investissement de la CEDEAO ont raisonnablement décidé de soustraire le traitement juste et équitable des standards de protection des investisseurs et de leurs investissements. Cette norme de protection ne figure pas non plus dans le PFI de la SADC de 2016[307]. Ce choix extrême s'explique par les inquiétudes croissantes des CER africaines à propos de cette règle qui, selon elles, est susceptible de freiner l'essor économique de leurs États membres. Dans les pays en développement, peut-on remarquer, les préoccupations liées au bien-être de l'État d'accueil semblent dorénavant prendre l'ascendant sur les exigences de protection des investisseurs et de leurs investissements. Cette tendance intervient à juste titre si l'on s'appuie sur le point de vue de

---

**301**CHIDEDE (T.), « Amendments of Annex 1 of the SADC Protocol on Finance and Investment : Are they yet in force ? », https://www.tralac.org/discussions/article/11875-amendments-of-annex-1-to-the-sadc-finance-and-investment-protocol-are-they-in-force-yet.html, consulté le 15 mars 2020.

**302** Tels sont les termes utilisés par le Professeur José Alvarez pour exprimer le fait que le traitement juste et équitable est prévu dans la grande majorité des accords internationaux portant sur les investissements, ÁLVAREZ (J. E.), *Public International Law Regime Governing International Investment*, The Pocket Books of the Hague Academy of International Law, vol. 11, Ed.1, BRILL, 2011, p.178.

**303** L'article 7 § 1 de l'Acte additionnel de la CEDEAO de 2008 dispose que *« each Member State shall accord to investors from a Member State or their investments, treatment in accordance with costumary international law, including fair and equitable treatment […] ».*

**304** Article 7 §2 l'Acte additionnel portant adoption des Règles communautaires sur l'investissement.

**305** L'interprétation que donne la Commission du libre-échange de l'ALENA de l'article 1105 (1) est la suivante : *« L'article 1105 (1) prescrit la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des investisseurs étrangers comme norme minimale de traitement à accorder aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie ».* Commentaire cité par KOULA (B. M.), *Le développement durable dans les traités régionaux africains d'investissement : cas de la CEDEAO et de la SADC, op. cit.,* p. 105.

**306** *Ibidem*, p. 106.

**307** L'omission du traitement juste et équitable dans le PFI de la SADC de 2016 fait suite aux recommandations du Modèle de TBI de la SADC de 2012.

Francisco Pascual Vives pour qui *« in the event of conflit, chapters dedicated to protecting public interest prevail over the chapter that contains the obligations to protect investments »*[308]. Néanmoins, certains textes régionaux d'investissement, au lieu d'éliminer totalement ce standard, ont préféré limiter sa portée.

## *2. L'effritement du standard*

De prime abord, le comité de rédaction de la *SADC Model BIT* a exprimé une certaine méfiance à l'égard de la clause du traitement juste et équitable, car elle a la réputation d'être la plus invoquée dans l'arbitrage d'investissement[309]. Dès la première version de ce document, il a découragé l'introduction de cette clause dans les accords internationaux d'investissement des États membres de la Communauté. Il prévoit que *« [t]he fair and equitable treatment provision is, again, a highly controversial provision. The Drafting Committee recommended against its inclusion in a treaty due to very broad interpretations in a number of arbitral decisions »*[310]. La large interprétation que font les tribunaux arbitraux de ce standard est le principal mobile de cette recommandation. Les arguments de ses rédacteurs ont visiblement convaincu les États d'éliminer cette obligation lourde de conséquences dans la version révisée du Protocole sur la Finance et l'Investissement.

La *SADC Model BIT* renferme tout de même deux options aux États membres de la communauté qui voudraient prévoir cette clause malgré la mise en garde de ses rédacteurs. La première consiste à considérer le traitement juste et équitable comme l'équivalent du standard minimum de traitement sans que ce traitement ne surpasse celui reconnu aux étrangers par le droit international coutumier[311]. De plus, le document reprend presque *verbatim* la formule *Neer*[312] et l'impose comme condition supplémentaire à l'adoption de la

---

[308] PASCUAL VIVES (F.), « Developing Coordination Techniques between Public Interests and International Investment Law », *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2014, p. 529, https://www.academia.edu/7894238/Public_Interest_and_Investment_Law, consulté 25 mai 2020.

[309] DE BRABANDERE (E.), « Fair and Equitable Treatment and (Full) Protection and Security in African Investment Treaties between Generality and Specificity », *JWIT,* N° 18 (2017), p.536.

[310] *SADC Model BIT*, Commentary, p.22.

[311] L'article 5 § 2 (1) du *SADC Model BIT*

[312] La formule *Neer* a vu le jour dans la décision rendue en 1926 par la Commission des réclamations générales États-Unis-Mexique. Dans cette affaire, les États-Unis alléguaient le manque de diligence du Mexique dans la poursuite des responsables de la mort de leur ressortissant (le sieur Neer) pour réclamer réparation. La Commission a jugé que *« le fait que le gouvernement mexicain n'ait pas arrêté ou puni les auteurs du meurtre du citoyen américain, n'était pas en soi contraire à la norme minimale internationale relative au traitement des étrangers* ». Elle a estimé que *« le traitement réservé à un étranger, pour constituer une violation du droit international, doit relever de l'atteinte à la dignité, de la mauvaise foi, du défaut délibéré de se conformer à ses obligations ou de l'insuffisance de l'action gouvernementale, à un niveau tellement inférieur aux normes internationales, que tout homme raisonnable et impartial reconnaîtrait immédiatement cette insuffisance. Elle a estimé enfin que le fait que l'insuffisance procède de l'exécution déficiente d'une loi raisonnable ou que les*

première option. Dans cette logique, il n'interdit que les actes du gouvernement d'un État hôte constituant un outrage de mauvaise foi, une négligence délibérée d'accomplir un devoir à l'égard des investisseurs ou une insuffisance de respect des standards internationaux objectivement constatable[313]. Des sentences arbitrales, telles que *Glamis Gold Ltd c. États-Unis* du 8 juin 2009[314] et *Cargill inc. c. Mexique* du 18 septembre 2009[315] se sont appuyées sur cette formule.

Le comité de rédaction de la *SADC Model BIT* a fait preuve d'une réelle ingéniosité juridique lorsqu'il s'est agi de définir la deuxième option. Il a proposé une formulation alternative du traitement juste et équitable et l'a désignée sous le vocable de *« Fair Administrative Treatment »*[316]. Corrélativement, la clause du traitement juste et équitable a perdu de sa superbe. Sa portée a été significativement limitée afin d'éviter une éventuelle interprétation incompatible avec les termes des futurs accords d'investissement des États membres. C'est là une voie fort méthodique pour réagir contre la liberté des arbitres de décider du contenu de ce standard, en ce que moins ceux-ci reçoivent de précisions, plus grande est leur marge de manœuvre et plus la procédure arbitrale aboutit à des décisions *ex aequo et bono*, c'est-à-dire fondées sur ce qui paraît « juste » et « équitable » à leurs yeux[317].

« Le traitement administratif juste » recommandé par ce document en lieu et place du traitement juste et équitable est, en fin de compte, l'unique option insérée dans la version

*lois d'un pays n'habilitent pas les autorités à s'aligner sur les normes internationales est sans importance ».* OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements, op. cit*., pp. 10-11 ; Pour plus détails, Voir ONU, *Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies*, 1926, IV, p. 60 et suivants.

**313** L'article 5 § 2 de la *SADC Model BIT* dispose: *« For greater certainty, paragraph 5.1 requires the demonstration of an act or actions by the government that are an outrage, in bad faith, a willful neglect of duty or an insufficiency so far short of international standards that every reasonable and impartial person would readily recognize its insufficiency"*. La référence explicite à la formule *Neer* est justifiée par la nécessité d'être plus spécifique et précis quant aux standards à appliquer, vu qu'une exigence de respect des standards de droit international coutumier, et plus particulièrement du traitement des étrangers n'a jamais suffi à empêcher la créativité des arbitres dans les différends relatifs aux investissements, Voir DE BRABANDERE (E.), « Fair and Equitable Treatment and (Full) Protection and Security in African Investment Treaties between Generality and Specificity », pp.545-546.

**314** ALENA/CNUDCI, Affaire *Glamis Gold Ltd c. États-Unis*, 8 juin 2009, extraits reproduits, *in I.L.M.* vol. 48, n° 5, 2009, p. 1038, § 616.

**315** CIRDI, *Cargill inc. c. Mexique*, Affaire n°ARB (AF)/05/02, 18 septembre 2009, § 286.

**316**BARUTI (R.), *«* Shaping Investment Arbitration: The experience of COMESA and SADC»., *SOAS/CRCICA Arbitration Conference*, 2017, pp. 116-117, Voir aussi JOHNSON (L.), SACHS (L.), « International Investment Agreements 2011-2012, A Review of Trends and New Approaches », *Yearbook of International Investment Law and Policy*, 2012-2013, p. 246.

**317** OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements, op. cit.,* p. 3.

révisée de la *SADC Model BIT*[318]. Il s'agit là d'une nouveauté en droit international des investissements. S'il ne constitue pas une déviance absolue de la formulation du traitement juste et équitable, il fait tout au moins figure de nouvelle tendance indubitablement inspiratrice. Ce nouveau standard est symptomatique du détachement des États africains du régime international des investissements et renseigne à merveille sur les antagonismes qui pourraient surgir entre le droit international des investissements et les intérêts communautaires[319].

Cette clause « spécifiquement africaine » forgée dans l'espace SADC revêt évidemment un sens particulier. L'idée est que les États parties doivent s'assurer d'appliquer les principes de justice et de responsabilité d'une manière favorable et exempte d'arbitraire aux investisseurs ainsi qu'à leurs investissements[320]. L'alternative offerte par la *SADC Model BIT* met davantage l'accent sur le devoir des gouvernements des États hôtes de se conformer à la procédure légale que sur la protection des attentes légitimes des investisseurs[321]. Il est juste de considérer comme certains spécialistes que *« ce langage plus précis est conçu pour sauvegarder les investissements étrangers sans pour autant exposer les États à des obligations qui sont difficiles à prévoir »*[322]. Un langage similaire a été utilisé par les rédacteurs de l'Accord révisé du COMESA.

L'Accord révisé du COMESA a suivi la même mélodie que la *SADC Model BIT*. Ce texte se singularise également par son approche originale du standard du traitement juste et équitable. Il a entrepris l'ébauche d'un standard dénommé *Fair judicial and administrative treatment,* qui n'est rien d'autre qu'une émasculation du traitement juste et équitable[323]. En vertu de ce nouveau standard, les États membres doivent s'assurer que les investissements

---

**318** *« While both options were set out in the first edition, including the traditional formulations and any variations thereof, these have now been removed in favour of only the alternative formulation of Fair Administrative Treatment ».* Voir SADC Model BIT with Commentary, *Second Edition,* 2017, p. 24.

**319**SCHILL (S.), DJANIC (V.), «El derecho internacional de inversiones y los intereses comunitarios », p. 175, disponible sur https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5078/9.pdf, consulté le 14 avril 2020.

**320**Cf. Article 5 du SADC Model BIT. Voir aussi ADELEKE (F.)*, International Investment Law and Policy in Africa: Exploring a Human Rights Based Approach to Investment regulation and Dispute Settlement,* Routledge, 2018, p.138.

**321** Pour Johnson et Sachs, *« Procedural due process, in turn, is used as a prophylactic tool for indirectly protect the rights and interests of investors »,* voir JOHNSON (L.), SACHS (L.), « International Investment Agreements 2011-2012, A Review of Trends and New Approaches », *Yearbook of International Investment Law and Policy* », 2012-2013, p. 246.

**322** COTULA (L.), « Traités d'investissement et développement durable : protection des investissements », *IIED,* Mai 2004, p. 4, https://pubs.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/17240FIIED.pdf, consulté le 21 mai 2021.

**323**MBENGUE (M. M.), «Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law »*., op. cit.,* p. 14.

des investisseurs d'un autre État membre ne sont pas subordonnés à des mesures qui constituent un déni de justice dans les procédures judiciaires, civiles ou administratives ; ou des violations flagrantes et irrémédiables de la procédure légale.

Le « traitement administratif et judiciaire juste » interdit également l'adoption des mesures qui s'apparentent à une discrimination ciblée, fondée sur des raisons manifestement injustifiées, telles que le sexe, la race ou la religion. L'interdiction concerne enfin l'usage de la coercition, la dureté et le harcèlement au moyen des actes des États membres, étant donné que cela représente un traitement à caractère absolument abusif[324]. Ni le standard du traitement juste et équitable, entendu au sens du standard minimum international, ni celui étendu à des composantes modernes, n'ont été retenus par l'Accord révisé. Cette attitude relève de l'exceptionnel quand on voit le manque d'originalité qui a caractérisé la majorité des accords internationaux d'investissement jadis signés et adoptés par les États africains. L'on est donc en droit d'affirmer que l'imagination qui a précédé l'œuvre normative du COMESA illustre sa vision d'un régime juridique plus pragmatique et profitable à sa zone d'investissement.

Cette patte personnelle des CER africaines dans l'appréhension du traitement juste et équitable est également marquée dans le contexte de la CAE. En effet, le Modèle de traité d'investissement élaboré par celle-ci ne prévoit pas, à proprement parler, ce standard de traitement comme on le conçoit dans les TBI traditionnels. Le texte s'est juste contenté de lui trouver un palliatif. Il adopte une formulation restrictive dont la finalité est de diriger vers des interprétations moins expansives par les tribunaux arbitraux. D'ailleurs, les rédacteurs n'ont pas fait mystère de leur intention d'amoindrir la portée et l'étendue du traitement juste et équitable[325].

Leur nouvelle approche pourrait être assimilée à un *traitement administratif, législatif et judiciaire* censé être *juste.* Elle impose une obligation qui, sans être à l'abri d'un éventuel détournement au profit des investisseurs, a le mérite d'être concis : *« The State Parties shall ensure that their administrative, judicial and legislative processes do not operate in a manner that is arbitrary and denies administrative and procedural justice do process to investors of other State Party or their investments taking into consideration the level of*

**324** Article 14 § 1 de l'Accord révisé du COMESA de 2017.

**325** Commentaire de l'article 6 du Modèle de traité de la CAE intitulé « Treatment of investors and investments ».

*development of the State Party* »[326]. La ressemblance de ces dispositions à celles de la *SADC Model BIT* et de l'Accord révisé du COMESA est évidente et va de soi.

En définitive, les accords régionaux d'investissement élaborés par les CER africaines ne démentent pas la protection due aux investisseurs et à leurs investissements. Cependant, ils emportent une importante différence entre sa conception de la protection des investisseurs et celle promue par les TBI traditionnels. On a pu le remarquer, les particularismes de ces instruments juridiques relatifs au traitement juste et équitable sont fascinants à bien des égards. Ils le sont également, mais à une intensité relativement réduite, en ce qui concerne l'obligation de « protection constante » qui pèse sur les États hôtes des investissements.

## B. La pleine et entière protection et sécurité, un standard réajusté

La pleine et entière protection et sécurité est une obligation générale de l'État d'accueil de ne pas porter atteinte à l'investissement étranger, mais d'agir en prenant les mesures nécessaires pour assurer la sécurité de ce dernier[327]. Les actions ou les omissions de l'État dans ce sens sont sujettes à sanctions[328]. Les rédacteurs du Modèle de traité d'investissement de la CAE et de l'Accord portant amendement du PFI de la SADC n'ont pas prévu ce standard de protection. Il ne s'agit pas d'une décision fortuite. Mahnaz Malik tente de la justifier en affirmant qu'elle *« […] reflects the growing concern among developing countries about this standard* »[329]. Sans être totalement exclus, les traits caractéristiques ce standard ont néanmoins été analysés **(1)** et aménagés dans d'autres textes régionaux d'investissement **(2).**

### *1. Les linéaments du standard*

Troisième obligation substantielle la plus contestée dans les accords internationaux d'investissement, la pleine et entière protection et sécurité a été invoquée dans plus de 40 %

---

**326** Article 6 § 1 du Modèle de traité d'investissement de la CAE.

**327** « *Le traitement juste et équitable comme la sécurité pleine et entière forment des dispositions conventionnelles relatives à ce qui est dû par l'État à l'investisseur étranger en vertu des engagements souscrits dans un traité* ». NOUVEL (Y.), « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *in* LEBEN (Ch.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, op. cit*., p. 286.

**328** GUARIN DUQUE (G.), « El estándar de protección y seguridad plena », *in* ÁLVAREZ ZÁRATE (J. M.), ZENKIEWICZ (M.), *El derecho internacional de las inversiones : Desarrollo actual de normas y principios, op. cit., p.* 401.

**329**MALIK (M.), *The Full Protection and Security Standard Comes of Age : Yet Another Challenge for States in Investment Treaty Arbitration ?,* IISD Best Practice Series, November 2011, p. 4, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/full_protection.pdf, consulté le 23 mai 2021.

de différends d'investissement[330]. En Afrique où plusieurs États sont souvent confrontés à des troubles civils et à des conflits armés, cette clause revêt une importance pratique et spécifique dans les réclamations arbitrales relatives aux opérations d'investissement. Eric de Brabandère livre une analyse instructive de l'importance de cette norme de protection dans les pays africains : *« Over the past years, States recovering from conflict have been confronted to claims by foreign investors for physical damages caused to investments during the conflict, or for other non-violent acts, which have decreased the economic value of investments. It is precisely in view of the various internal armed conflicts and civil upheavals that have characterized the African continent over the past decades that the application of and respect for the FPS [Full Protection and Security] standard in Africa has become highly relevant »*[331].

Sur le fondement de la pleine et entière protection et sécurité, de nombreux conflits ont engendré de coûteux différends entre investisseurs étrangers et États africains, à l'instar de l'Affaire *American Manufacturing & Trading, Inc c. République du Zaïre*[332]. Mais avec l'escalade de la violence en Afrique, telle que celle provoquée par le printemps arabe et les changements anticonstitutionnels de gouvernement successifs dans les pays d'Afrique noire, l'importance de ce standard s'est intensifiée[333]. À ce sujet, l'exemple de la Libye post-Kadhafi est frappant. Fragmenté et dirigé par de multiples milices, ce pays a été le théâtre d'une violence généralisée. Face à l'impuissance des institutions étatiques à contrôler la situation, de sérieux dommages ont été causés aux terminaux pétroliers directement visés

**330** UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Accelerator*, *op. cit.,* p. 23.

**331** DE BRABANDERE (E.), « Fair and Equitable Treatment and (Full) Protection and Security in African Investment Treaties Between Generality and Conceptual Specificity », *op. cit.,* pp. 536-537. Dans les zones conflictuelles, il peut arriver qu'un accord d'investissement soit difficile à appliquer. On est bien loin de la simple violation d'une clause. Voir KALLERGIS (A.), « L'applicabilité des traités d'investissement dans les zones contestées », *Journal du Droit International*, N° 3, 2022, pp. 835-840.

**332** CIRDI, *American Manufacturing & Trading, Inc c. République du Zaïre,* Affaire n° ARB/93/1, sentence du 21 février 1997.

**333** Malheureusement, ce n'est pas un phénomène entièrement nouveau dans l'histoire du droit des investissements que les bouleversements révolutionnaires se transforment souvent en conflits armés non internationaux, comme en témoigne la période des révolutions et des guerres civiles dans de nombreux pays. Les investissements sont d'autant plus vulnérables qu'ils impliquent des engagements à long terme et qu'ils ne peuvent pas prospérer dans de telles conditions. Voir BRAUN (T. R.), « International Investment Law in Revolutionary Upheavals : On the Tension Between International Investment Law and International Humanitarian Law », *in* ACKERMANN (T.), WUSCHKA (S.) (ed.), *Investments in Conflits Zones : The Role of International Investment Law in Armed Conflicts, Disputed Territories, and Frozen Conflicts,* Brill Nijhoff, 2020, p. 21. Voir aussi SCHREUER (Ch.), « War and Peace in International Investment Law », in « The Full Protection and Security Standard in Investment Law », *in* FACH GOMEZ (K.), GOURGOURINIS (A.), TITI (C.), (ed.), *International Investment Law and the Law of Armed Conflict*, *op. cit.,* pp. 2-3.

par les actes de violence[334]. La fermeture des compagnies d'exploitation comme le géant espagnol *REPSOL SA* due à l'insécurité et aux menaces des communautés locales, en est un témoignage et un prodrome des plaintes provenant des investisseurs[335]. La Tunisie et l'Égypte, quant à elles, ont déjà fait l'objet de poursuites devant les tribunaux arbitraux à la suite de ce sombre épisode de leur histoire[336].

Une telle situation ne peut pas avoir de souhaitable. Elle justifie l'objet classique du standard de pleine et entière protection et sécurité : la sécurité physique de l'investissement[337]. Dans cette optique, l'État d'accueil des investissements est tenu de veiller au maintien, sur son territoire, de conditions propres à assurer la sécurité des personnes et des biens. Les affaires relatives à ce standard de protection sont traditionnellement liées aux dommages matériels justifiant des réclamations contre l'État d'accueil pour négligence dans l'exercice de sa fonction de sécurité. *Stricto sensu,* c'est l'atteinte à l'intégrité physique des investisseurs et de leurs investisseurs qui est à l'origine du litige. Ainsi que le précise un tribunal arbitral du CIRDI dans l'affaire *Enron Corporation c. Argentine, « [i]l ne fait aucun doute qu'historiquement, cette norme particulière a été élaborée dans le contexte de la protection et de la sécurité physiques [...] »*[338] . En droit international coutumier, cette obligation pour le l'État d'accueil d'apporter la diligence suffisante pour éviter l'advenue d'un dommage aux étrangers et à leurs biens peut s'identifier

---

**334** ALRESHAID (N.), « Revisiting the Notion of Full Protection and Security of Foreign Direct Investments in Post-Gadhafi Libya : Two Governments, Tribal Violence, Militias, and Plenty More », *Florida Journal of International Law,* Vol. 28, N° 1, 2016, p. 64.

**335** *Ibidem,* p. 68.

**336**CIRDI, *Lundin Tunisia BV c. République de Tunisie*, Affaire n° ARB/12/30, sentence du 22 décembre 2015 ; CIRDI, *Asa International SpA c. République arabe d'Égypte*, Affaire n° ARB/13/23, enregistrée le 13 septembre 2013.

**337** Gustavo Guarin Duque apporte une précision à ce propos : *« El ámbito de protección del estándar PSP [protección y seguridad plena] comprende la integridad física del inversionista y sus bienes. Una buena parte de los tribunales de inversión y la mayoría de AII [Acuerdos internacionales de inversiones] aceptan que el estándar PSP aplica exclusivamente o preponderantemente a la seguridad física ».* GUARIN DUQUE (G.), « El estándar de protección y seguridad plena »*, op. cit.,* p. 401.

**338** Traduction personnelle. Le tribunal arbitral a littéralement précisé que *« [t]here is no doubt that historically this particular standard has been developed in the context of physical protection and security […] ».* CIRDI, Enron Corporation c. Argentine, Affaire n° ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, § 286. Dans l'affaire F. C. Arif c. Moldavie, le tribunal arbitral le *« classic sense »* de la sécurité pleine et entière consiste à garantir *« a level of due diligence on the part of the State to ensure the physical safety and integrity of protected investments ». CIRDI,* F. C. Arif c. Moldavie, Affaire n°ARB/11/23, du 8 avril 2013, § 251.

au standard minimum de traitement[339]. En droit conventionnel, elle a été interprétée comme visant les pertes et détériorations que subissaient les étrangers[340].

Dans la pratique conventionnelle, l'objet de l'obligation est parfois étendu à d'autres préoccupations autres que celles concernant la sécurité et la protection physiques des investisseurs et de leurs investissements. Il est possible que la nature de la protection imposée par le standard soit expressément indiquée par le TBI sous le libellé « protection juridique pleine et entière » ou « sécurité et protection intégrales ». De l'emploi de l'épithète « plein », « complet », « intégral » ou « entier », certains tribunaux déduisent l'extension du standard à d'autres formes de protection. Libre de toute restriction, cette norme de protection n'est plus bornée à la simple sécurité matérielle. La sécurité juridique y est souvent incluse dans ce cas. Il est question d'une exigence supplémentaire qui consiste pour les États d'accueil à s'abstenir de prendre des mesures juridiques aux conséquences négatives sur les opérations d'investissement ou sur les droits des investisseurs. *Lato sensu,* les États hôtes sont obligés de fournir aux investisseurs étrangers, un cadre juridique qui garantit leur protection effective[341]. Cette approche large de la pleine et entière sécurité a été suivie par les tribunaux arbitraux dans des affaires comme *Azurix Corp. c. Argentine* et *Biwater Gauff c. Tanzanie*[342], etc.

L'exigence de la sécurité juridique au titre de cette norme de protection - tel qu'on peut le constater - possède des traits similaires à ceux du traitement juste et équitable. Il n'est pas douteux que cet amalgame est l'un des dangers évités par les rédacteurs des récents textes régionaux d'investissement en procédant au réajustement de ce standard.

---

**339** Nombreux sont les tribunaux arbitraux pour lesquels l'obligation de sécurité pleine et entière recoupe *« the general duty to provide for protection and security of foreign nationals found in costumary international law of aliens »*. CIRDI, *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie,* affaire n° ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, § 164. Dans l'affaire *El Paso Energy International Company c. Argentine*, le tribunal arbitral a retenu que *« […] the full protection and security standard is no more than the traditional obligation to protect aliens under international customary law »,* CIRDI, El Paso Energy International Company c. Argentine, affaire n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, § 522. Voir NOUVEL (Y.), « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *op. cit*., p. 313.

**340** Voir NOUVEL (Y.), « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *op. cit*., p. 313.

**341** DE BRABANDERE (E.), « Fair and Equitable Treatment and (Full) Protection and Security in African Investment Treaties Between Generality and Conceptual Specificity », *op. cit.,* pp. 535-536.

**342** CIRDI, *Azurix Corporation c. République d'Argentine*, Affaire n°ARB/01/12, sentence du 1er septembre 2009, disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0065.pdf, consulté le 11 juin 2021, CIRDI*, Biwater Gauff c. Tanzanie*, Affaire n° ARB/05/22, sentence 2 juillet 2008.

## *2. Les aménagements au standard*

*« L'interprétation selon laquelle la sécurité due au terme du standard de protection pleine et entière est aussi de nature juridique risque bien d'entraîner un chevauchement des obligations »*[343]. À contre-courant de cette mise en garde du professeur Yves Nouvel, déjà lancée par le tribunal arbitral dans l'affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et al. c. Argentine*[344], certains auteurs militent en faveur d'une extension du standard, non seulement à la sécurité juridique, mais également à l'obligation d'assurer la protection et la sécurité économiques, environnementales, etc[345]. Cette attitude est susceptible d'éroder les prérogatives réglementaires des États hôtes et d'inhiber leurs objectifs de développement durable. À lire leurs nouveaux textes d'investissement, les CER africaines ne voudraient plus voir leurs membres se fourvoyer dans le maniement de cette norme de protection.

S'il est vrai que les approches de réforme de l'obligation de sécurité et de protection pleine et entière n'ont pas été assez innovantes dans la pratique générale[346], il n'en reste pas moins que les aménagements apportés par certaines CER africaines à ce standard sont saisissants. Les instruments juridiques d'investissement adoptés par la SADC, le COMESA et la CEDEAO contiennent des orientations explicites concernant la nature de la protection et de la sécurité à garantir aux investisseurs et à leurs investissements. Il faut l'admettre, l'interprétation de cette norme de protection *« doit éviter de rendre redondants ou inutiles des clauses ou des paragraphes entiers d'un traité »*[347]. Autrement, les tribunaux arbitraux seraient libres d'adopter une approche limitée ou extensive, ce qui serait source d'incertitude pour les États et les investisseurs[348]. Conformément à l'article 9 de la *SADC Model BIT* de 2017 : *« 1. A State Party shall, subject to available resources, accord Investments of Investors of the other State Party physical protection and security no less favourable than that which it accords to investments of its own natural and legal persons or to investments*

---

**343** NOUVEL (Y.), « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *op. cit*., p. 316.

**344** Le tribunal arbitral a jugé que *« [a]n overly extensive interpretation of the full protection and security standard may result in an overlap with other standards of investment protection, which neither necessary nor desirable ».* CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et al. c. Argentine*, Affaire n°ARB/03/19, sentence du 30 juillet 2010, § 168.

**345** Voir SIPIORSKI (E.), « Full Protection and Security From Physical Security to Environmental Security : Its Limitations and Future Possibilities », *in* ACKERMANN (T.), WUSCHKA (S.) (ed.), *Investments in Conflicts Zones : The Role of International Investment Law in Armed Conflicts, Disputed Territories, and Frozen Conflicts, op. cit.,* pp. 101-103.

**346** UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Accelerator*, *op. cit.,* p. 23.

**347** OMC, *Japon – Boissons alcooliques II,* Rapport de l'Organe d'appel, 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, p. 14, disponible sur https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/8abr.pdf, consulté le 10 mars 2021.

**348** *Idem.*

*of investors of any third State. 2. Investors of one State Party whose Investments in the territory of the other State Party suffer losses as a result of a breach of paragraph 9.1, in particular owing to war or other armed conflict, revolution, revolt, insurrection or riot in the territory of the Host State shall be accorded by the Host State treatment, as regards restitution, indemnification, compensation or other settlement, no less favourable than that which the Host State accords to investors of any third State ».*

Les rédacteurs de la *SADC Model BIT* ont fait de la pleine et entière protection et sécurité une disposition autonome, exigeant exclusivement la sécurité physique des investisseurs et de leurs investissements. Toutefois, cette sécurité n'est pas absolue. Le texte introduit une nuance dans la portée de l'obligation de protection et de sécurité intégrales, et définit clairement l'indemnisation en cas de violation de la norme. Les termes *« sous réserve des ressources disponibles »*[349] limitent la possibilité d'accorder des dommages-intérêts considérables aux investisseurs lésés. Les rédacteurs du texte, pour défendre leur posture, ont avancé que l'augmentation des différentes formes de menaces pour la sécurité au niveau mondial rend impossible la garantie d'une sécurité physique absolue à tous les investisseurs ou biens, nationaux ou étrangers[350].

L'approche du texte de la SADC, en ce qui concerne ce standard n'impose donc pas une responsabilité absolue et stricte, mais découle plutôt de l'obligation de prendre des mesures « raisonnables », qu'il serait préférable d'identifier comme une *« due diligence »* ; un principe mis en œuvre par la CIJ dans l'affaire *Elettronica Sicula SpA (ELSI),* ayant opposé les États-Unis à l'Italie. Dans sa décision, la Cour a souligné que l'expression *« 'protection et sécurité constantes' ne peut être interprétée comme une garantie que la propriété ne sera, en aucun cas, occupée ou perturbée »*[351].

Le libellé *« Compensation des pertes »*[352] retenu par les rédacteurs de l'Accord révisé du COMESA signale le rejet de l'approche extensive de l'obligation de pleine et entière protection et sécurité qui pèse sur les États d'accueil des investissements. Rappelons que la première version de ce texte avait tout simplement omis ce standard. En son article 21, la version amendée, qui l'intègre, énonce pourtant que *« COMESA investors whose investments*

---

**349** Traduction personnelle de l'expression *« subject to available resources »* contenue dans l'article 9 § 1 du SADC Model BIT de 2017.
**350** SADC Model BIT de 2017, p. 22.
**351** Traduction personnelle. Dans cette affaire, la CIJ a souligné que *« 'constant protection and security' cannot be construed as the giving of a warranty that property shall never in any circumstances be occupied or disturbed ». CIJ, Elettronica Sicula SpA (États-Unis d'Amérique c. Italie),* Arrêt du 20 juillet 1989.
**352** Traduction personnelle de « Compensation of losses », titre de l'article 21 de l'Accord révisé du COMESA.

*in the territory of the Member States suffer losses owing to war or other armed conflict, revolution, a state of national emergency, revolt, insurrection or riot shall be accorded treatment, as regards restitution, indemnification, compensation or other settlement, not less favourable than that which Member States accord to their own investors or to investors of any third State […] »*[353].

À l'évidence, la protection et la sécurité exigées au bénéfice des investisseurs et de leurs investissements est uniquement de nature physique. Des clarifications à même de faciliter l'interprétation de cette norme de protection ont été apportées par les rédacteurs de l'accord. Ceux-ci ont tenu à préciser que, sans déroger aux dispositions sus-mentionnées, tout investisseur, qui subit, dans un État d'accueil, des pertes résultant de la réquisition de ses biens par les forces ou autorités légales et compétentes, doit bénéficier d'une restitution ou d'une indemnisation adéquate, non moins favorable à celle accordée aux investisseurs locaux ou aux investisseurs d'un État tiers[354]. L'investisseur, dont la propriété a été détruite en dehors d'un combat, ou dépossédée de manière illégale et sans réelle situation de nécessité, a droit à un traitement équivalent[355].

À l'aune de ces précisions, on n'est pas loin de formules utilisées dans l'affaire *Guastini,* datant de plus d'un siècle, pour définir le standard de pleine et entière protection et sécurité. Dans son argumentaire, le sur-arbitre de la commission mixte italo-mexicaine a retenu, sans être contredit, que cette obligation *« refers to losses and deteriorations of property in civil wars, and to those inflicted by the government, by States, by the federation, and their employees, as well as the revolutionists, and undue appropriations chargeable to both parties »*[356]. Bien inspirés étaient les négociateurs de cet accord !

Au sein de la CEDEAO, c'est toujours la sécurité physique des investisseurs et de leurs biens qui a été prise en compte dans le nouveau texte d'investissement de la communauté. L'obligation de protection et de sécurité pleine et entière est appréhendée comme le traitement à réserver aux investisseurs en cas de conflits armés ou de troubles civils. Plus succinct que les dispositions de la *SADC Model BIT* et de l'Accord révisé du COMESA portant sur ce standard, l'article 10 de l'ECOWIC envisage que : *« [l]es investisseurs qui subissent des dommages sur le territoire d'un État Membre en raison de leurs*

**353** Article 21 § 1 de l'Accord révisé du COMESA.
**354** Article 21 § 2 a) de l'Accord révisé du COMESA.
**355** Article 21 § 2 b) de l'Accord révisé du COMESA.
**356** *Affaire Guastini*, Commission mixte Italie-Venezuela, RSA, vol. X., p. 565.

*investissements du fait du déclenchement d'hostilités ou d'un état d'urgence nationale comme une révolte, une insurrection ou une émeute, bénéficient d'un traitement non moins favorable que celui accordé aux investisseurs de cet État Membre ou aux investisseurs de tout pays tiers, en ce qui concerne toute mesure à prendre par l'État Membre concerné, y compris la restitution, l'indemnisation ou toute autre contrepartie valablement reconnue »*[357].

De manière générale, les dispositions des textes sus-évoqués concernant la pleine et entière protection et sécurité présentent des analogies ou, à tout le moins, possèdent un dénominateur commun : la sécurité physique[358]. Cette tendance est observée dans les nouveaux textes prévoyant ce standard. Le TBI Maroc – Nigéria énonce, par exemple, que l'obligation de sécurité et de protection pleine et entière *« exige que chaque partie fournisse le niveau de protection policière requis par le droit international coutumier »*[359]. Ainsi, plutôt que de laisser ce standard ouvert à l'interprétation des arbitres, les récents accords régionaux africains d'investissement l'ont élucidé à leur convenance. Cette œuvre s'est prolongée à d'autres normes de protection.

## § 2. LA RÉADAPTATION DES AUTRES STANDARDS DIRECTS DE PROTECTION

Les accords régionaux africains d'investissement prévoient d'autres clauses de protection « dans l'absolu » ayant un ancrage réel en droit international des investissements. Il s'agit de la clause protégeant les investisseurs et leurs investissements contre l'expropriation ou la nationalisation[360] et de celle garantissant le libre transfert des fonds générés par les opérations d'investissement dans un État d'accueil. Toutefois, pour ne pas sacrifier leurs propres intérêts sur l'autel des exigences de protection des investisseurs, les

[357] Article 10 de l'ECOWIC.

[358] Dans un environnement hostile comme celui du continent africain, la garantie contre le risque politique est un facteur supplémentaire qui mérite d'être pris en compte lorsqu'il s'agit de mettre en balance les risques encourus par les investisseurs et les gains qu'ils anticipent. Hormis l'obligation de protection et de sécurité intégrales, l'étude des conditions dans lesquelles les investissements sont couverts en cas de guerre, de terrorisme ou de troubles civils pourrait constituer une solution viable pour répondre aux craintes des investisseurs. Voir ALRESHAID (N.), « Revisiting the Notion of Full Protection and Security of Foreign direct Investments in Post-Gadhafi Libya… », *op. cit*., p. 83.

[359] La « protection policière » exigée se réfère à la sécurité physique. C'est le terme retenu dans certains AII. Lire Article 7 § 1 TBI Maroc – Nigéria.

[360] Prises sous l'angle du droit interne, l'expropriation et la nationalisation sont deux notions bien distinctes. En droit international, bien qu'elles ne répondent pas essentiellement au même besoin, elles ont un point de rencontre : elles consistent en la dépossession du droit de propriété d'un investisseur étranger. En conséquence, elles sont soumises à un régime juridique proche, sinon identique. DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.,* pp. 396-397. Dans les instruments juridiques élaborés par les CER africaines, l'expropriation et la nationalisation sont appréhendées indifféremment. Telle est, bien évidemment, la logique retenue dans le cadre de la présente.

CER africaines ont dû envisager des aménagements à ces clauses. Il en a résulté une révision de la première **(A)** et une limitation de la seconde **(B).**

## A. La révision de la protection contre l'expropriation

La clause relative à l'expropriation ou la nationalisation est le centre névralgique de la protection assurée aux investisseurs étrangers[361]. Quand bien même le droit international coutumier n'empêche pas les États de procéder à l'expropriation ou à la nationalisation des investissements étrangers, ce droit est assorti de certaines conditions[362]. S'il n'est pas douteux que le défaut d'encadrement du droit d'expropriation peut amener les États d'accueil à en abuser, l'on ne devrait pas non plus ignorer que cet encadrement peut, à son tour, empêcher la jouissance effective de ce droit. Conscients de ce fait, les rédacteurs des instruments régionaux africains d'investissement ont restauré un certain équilibre entre les parties par l'affinement de la règle de l'expropriation indirecte **(1)** et la révision systématique des conditions de la compensation financière en cas d'expropriation avérée **(2).**

### *1. L'affinement de la règle de l'expropriation indirecte*

Les accords régionaux africains protègent les investisseurs contre l'expropriation, qu'elle soit directe ou indirecte. Ils énoncent en substance que la mesure expropriatrice doit être justifiée par une cause d'intérêt public, prise sur une base non discriminatoire en se conformant à la législation et accompagnée d'une compensation financière[363]. Le non-

---

**361** L'expropriation tout comme la nationalisation est un pouvoir inhérent à un État d'accueil. Elle l'habilite à retirer la propriété privée d'un investisseur étranger pour se l'approprier ou la rétrocéder à une tierce personne désignée par lui. Elle est donc l'expression de la souveraineté d'un État sur son territoire. Il s'agit là d'une expropriation directe formalisée, telle qu'elle existe dans la quasi-totalité des accords internationaux d'investissement. Des sentences arbitrales comme *Sempra Energy International c. Argentine* (ARB/02/13, § 280) du 28 septembre 2008, ainsi que *Enron Corporation and Ponderosa Assets ALP, c. Argentine*, (ARB/01/3, § 243) du 22 mai 2007, en fournissent une définition claire. NIKIEMA (S. H.), *Best Practices, Indirect Expropriation*, The International Institute for Sustainable Development, March 2012, p. 1. Quant à la nationalisation, il a été décidé dans la sentence *Texaco Overseas Petroleum Company (Topco) c. Jamahiriya arabe libyenne* prononcée en 1977 que *« l'exercice de la compétence étatique de nationaliser est considéré comme l'expression de la souveraineté territoriale »,* voir LALIVE (J-F.), « Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères », *JDI*, 1977, pp. 319 et suivants. Pour un approfondissement de ces notions, voir NIKIEMA (S. H.), *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Graduate Institute Publications, 2012, 374 p. NIKIEMA (S. H.), *Best Practices, Indirect Expropriation*, The International Institute for Sustainable Development, March 2012, 26 p. ; DE NANTEUIL (A.), *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement,* Paris, Pedone, 2014, 650 p.

**362** Voir OCDE, *L'expropriation indirecte et le droit de réglementer dans le droit international de l'investissement,* Editions OCDE, 2004, p. 3. Le non-respect de ces conditions préalables entraîne l'illicéité de la mesure expropriatrice et engage dès lors la responsabilité internationale de l'État dépossédant. Voir DE NANTEUIL (A.), *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement, op. cit.,* p. VII.

**363** Aux termes de l'article 11 § 1 de l'ECOWIC, *« Aucun État membre ne peut exproprier ou nationaliser un investissement sur son territoire national, directement ou indirectement par des mesures d'effet équivalent, sauf dans les cas suivants : a) avoir pour objet l'usage public ; b) être réalisé de manière non discriminatoire ; faire l'objet du versement d'une indemnisation rapide, adéquate et effective et d) se dérouler conformément à*

respect de ces conditions préalables pourrait entraîner l'illicéité de la mesure et engager dès lors la responsabilité internationale de l'État dépossédant[364]. Toutefois, il importe de faire remarquer que si l'expropriation directe est moins problématique parce que formalisée, l'expropriation indirecte, elle, souffre d'imprécisions[365]. Elle est devenue une question dominante du droit international des investissements[366], car elle peut, *de facto,* recouvrir de différentes situations et émaner d'une volonté déguisée de l'État de déposséder l'investisseur[367]. Son acuité est attestée par *l'Affaire PL. Holding c. Pologne*, dans laquelle un tribunal arbitral condamnait le gouvernement polonais d'avoir adopté une mesure qui avait « un effet similaire » à l'expropriation[368].

Alors que la grande majorité des traités d'investissement ont tendance à occulter la définition de l'expropriation indirecte et à déterminer ses critères de qualification, certains accords régionaux africains ont intelligemment décrit les situations dans lesquelles une mesure ou une série de mesures est susceptible d'avoir un effet équivalent. Le Modèle de traité d'investissement de la CEA et l'Accord révisé du COMESA énoncent que la détermination d'une mesure ou une série de mesures ayant un effet équivalent à l'expropriation requiert une étude au cas par cas basée sur les faits. Cette étude prend en considération l'impact économique de la mesure ou des séries de mesures, leur durée, leur caractère, que constituent leur objet, leur contexte et leur intention. Elle vérifie également si une mesure prise par un État partie viole un engagement écrit existant entre ce dernier et

---

*la procédure régulière ».* L'article 6 § 1 de la *SADC Model BIT*, l'article 7 § 1 du Modèle de traité d'investissement de la CAE et l'article 20 § 1 de l'Accord révisé du COMESA s'inscrivent dans cette dynamique de protection des investisseurs contre l'expropriation ou la nationalisation.

**364**DE NANTEUIL (A.), *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement, op.cit.,* p.VII.

**365** Il n'existe pas une définition unanimement admise de la notion d'expropriation indirecte. Toute interprétation est tributaire de la formulation que retient chaque traité d'investissement qui tente de la définir. Voir OCDE, *L'expropriation indirecte et le droit de réglementer dans le droit international de l'investissement,* Editions OCDE, 2004, n° 2004/4, p. 5, disponible sur https://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/FR%20WP-2004_4.pdf, consulté le 12 mars 2021.

**366**OCDE, *L'expropriation indirecte et le droit de réglementer dans le droit international de l'investissement, op. cit.,* p. 2. Voir aussi DOLZER (R.), « Indirect Expropriations : New Developments », Article du colloque sur l'expropriation en vertu de la réglementation, organisé par l'Université de New York du 25 au 27 avril 2002, *Environmental Law Journal,* p.64.

**367**DE NANTEUIL (A.), *L'expropriation indirecte en droit international des investissements,* Pedone, Paris, 2014, p. VII.

**368** Dans sa décision finale du 28 septembre 2017, le tribunal de la Chambre commerciale de Stockholm a condamné l'État polonais au versement d'une compensation s'élevant à 176 millions d'euros à l'investisseur étranger pour lui avoir demandé de céder ses parts ; un acte qui est considéré comme ayant a *« similar effect to expropriation ».* PL. *Holdings c. La République de Pologne*, Affaire CCS n°2014/163, disponible sur https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/613/pl-holdings-v-poland, consulté 20 juillet 2021. Voir aussi REINISCH (A.), SCHREUER (C.), *International Protection of Investments : Substantive Standards,* Cambridge University Press, 2020, pp. 51-57.

l'investisseur, que cet engagement soit un contrat, une licence ou tout autre document juridique[369].

Parmi ces documents, l'Accord révisé du COMESA a ceci de bonifiant d'inclure la définition des concepts ''expropriation directe'' et ''expropriation indirecte'' afin de réduire les difficultés d'interprétation qui pourraient surgir. En vertu de ce texte, *« indirect expropriation occurs if a measure or series of measures of a Party has an effect equivalent to direct expropriation, in that it substantially or permanently deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment, including the right to use, enjoy and dispose of its investment, without formal transfer of title or outright seizure »*[370]. Malgré tout, l'avantage procuré par ces deux documents est considérable. Ils sont pourvoyeurs de clarification pendant que de nombreuses conventions d'investissement, par leurs formulations, sont génératrices de confusion dans la tentative de définition de l'expropriation indirecte. Même la jurisprudence arbitrale n'a pas pu voler au secours du droit conventionnel dans l'exercice d'identification des critères relatifs aux mesures étatiques qui peuvent être considérées comme une expropriation indirecte[371].

Sachant que la règle de l'expropriation indirecte a pour objectif d'assurer une protection effective aux investisseurs au-delà des atteintes formelles et délibérées à leurs droits[372], les nouveaux textes de la CAE et du COMESA ont le mérite de faire la part des choses entre les intérêts particuliers des investisseurs qu'ils entendent protéger et les intérêts de leurs États hôtes qu'ils défendent. Cela souligne avec force la particularité du régime régional africain d'investissement.

L'on pourrait pleinement exprimer un certain scepticisme relativement à la particularité de ce régime quand on sait que les nouveaux textes de la SADC et de la CEDEAO ne définissent pas les critères d'identification de l'expropriation indirecte. Toutefois, ce scepticisme pourrait disparaître à la rencontre de l'arsenal juridique mis en place par ces instruments en vue de juguler l'imprévisibilité de ce concept d'expropriation indirecte. En effet, ces accords régionaux africains, de même que ceux qui viennent d'être évoqués, ont

---

**369** Cf. Article 7 § 1 du Modèle de traité d'investissement de la CAE, article 20 § 10 (b) de l'accord révisé du COMESA.

**370** Article 20 § 10 (b) (ii) de l'Accord révisé du COMESA.

**371** C'est une tâche ardue que de distinguer l'expropriation indirecte des mesures étatiques n'exigeant pas de compensation financière quand les traités d'investissement restent muets sur la question. Voir KOULA (B. M.), *Les traités régionaux africains d'investissement et le développement durable : cas de la CEDEAO et de la SADC, op. cit*., p. 124-125.

**372** NIKIEMA (S. H.), « L'expropriation indirecte », *Best Practice*, *op. cit.,* p. 2.

envisagé des exclusions à l'expropriation indirecte. Ces exclusions à la protection contre l'expropriation sont fondées sur les pouvoirs de police (*police powers)* reconnus à l'État d'accueil. Ces *police powers* lui permettent en effet de *« limiter les droits individuels dans l'intérêt public ; pour sérieuses que soient les limitations imposées, elles ne confèrent pas de droit à indemnisation »*[373]. En application de cette doctrine, lorsque l'intérêt supérieur de l'État d'accueil l'exige, certaines mesures gouvernementales portant atteinte aux intérêts des investisseurs étrangers ne doivent pas être considérées comme une expropriation indirecte donnant droit au versement d'une compensation.

Ainsi, suivant les recommandations de la *SADC Model BIT*[374], le PFI révisé a introduit une clause d'exclusion qui envisage qu'*« une mesure d'application générale qui est conçue et appliquée par un État partie dans le but de protéger ou de consolider la réalisation des objectifs légitimes de bien-être publics, tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement ne constitue pas une expropriation indirecte »*[375]. Le Modèle de traité d'investissement de la CAE et l'Accord révisé du COMESA en ont fait de même. Aux termes de l'article 20 § 8 du dernier texte, *« bona fide regulatory measures taken by a Member State or awards by judicial bodies of a Member State that are designed and applied to protect or enhance legitimate welfare objectives such as, public health, safety and the environment shall not constitute an expropriation or measures tantamount to expropriation […] »*[376].

S'appuyant sur une évolution incontestable des visions juridiques en matière d'investissement sur le continent africain, de telles dispositions ne peuvent que recevoir une appréciation positive. Elles participent de l'objectif de développement des États d'accueil en empêchant désormais les investisseurs étrangers de contester la légitimité de certaines mesures étatiques[377]. Ces clauses sont une parfaite riposte contre le *« chilling effect of*

---

**373** LAVIEC (J. P.), *Protection et promotion des investissements, étude de droit international économique, op. cit*., p. 165. Les exclusions fondées sur les pouvoirs de police de l'État d'accueil touchent au droit reconnu à celui-ci de réglementer les investissements. Elles feront l'objet d'une analyse détaillée dans le chapitre suivant.

**374** Article 5 § 7 du PFI révisé de la SADC.

**375** L'article 6 § 7 de la *SADC Model BIT* dispose que *« A [non-discriminatory] measure of general application of a State Party that is designed or applied to protect or enhance legitimate public welfare objectives, such public health, safety and the environment does not constitute an indirect expropriation under this Agreement ».*

**376** Cf. Article 20 § 8 de l'Accord révisé du COMESA. L'Article 7 § 7 du Modèle de traité d'investissement de la CAE contient des dispositions similaires. Mais le vocabulaire retenu est quasi identique de celui de l'Article 6 § 7 de la *SADC Model BIT.*

**377** Un triste précédent connu par l'État tanzanien permet de saluer l'incorporation d'exclusion à l'expropriation. Dans l'Affaire *Standard Chartered Bank c. Tanzanie*, l'investisseur étranger avait estimé être victime d'une expropriation indirecte de la part de l'État tanzanien. Sur le fondement du TBI Tanzanie-Royaume Uni, celui-ci sera condamné à verser une indemnisation qui s'élevait à 118.60 millions de dollars US. La condamnation au versement de cette somme faramineuse aurait pu être évité si les TBI conclu avec le

*indirect expropriation clauses on Host States' public policies* »[378]. On le sait, le « gel réglementaire » que provoque la règle de l'expropriation indirecte place les États d'accueil dans une situation d'insécurité juridique à laquelle on ne pourrait remédier que par la prévision d'exclusions. Tout l'intérêt des accords régionaux africains réside dans cette tâche.

Il y a lieu de rappeler brièvement que si les accords régionaux d'investissement protègent les investisseurs contre l'expropriation, cette protection n'est pas accordée dans certaines situations relevant des droits de propriété intellectuelle[379]. Il s'agit là d'une exception matérielle manifeste confirmant une fois encore que l'intérêt des États d'accueil peuvent les amener à prendre légitimement une batterie de mesures visant à restreindre la protection des investisseurs et de leurs investissements. Dès lors, il est possible d'affirmer que les textes d'investissement élaborés par les CER africaines se penchent ouvertement du côté des États d'accueil à propos de l'application de la règle d'expropriation. Ils ont à cœur de préserver l'intérêt de ces derniers même lorsqu'ils autorisent le versement d'une indemnité en cas d'expropriation.

## *2. Le réajustement des critères de la compensation financière*

La révision des critères de la compensation financière due par un État d'accueil en cas d'expropriation est une œuvre récente des nouveaux accords régionaux africains d'investissement. Sa facette la plus visible reste l'isolation relative de ces textes de la fameuse « formule Hull » qui s'est longtemps imposée dans la pratique conventionnelle en matière d'investissement. Cette formule liée au versement d'une compensation financière en cas d'expropriation fixe trois conditions de validité : l'expropriation doit être suivie d'une compensation *« prompte, adéquate et effective »*[380].

---

Royaume Uni contenu des exceptions à la protection contre l'expropriation. Voir CIRDI*, Chartered Standard Bank c. La République unie de Tanzanie,* Affaire, n° ARB/10/12, 2 novembre 2012.

**378** Voir MALAKOTIPOUR (M.), « The Chilling Effect of Indirect Expropriation Clauses on Host States' Public Policies : A Call for a Legislative Response », *International Community Law Journal,* vol. 22, 2020*,* pp. 240.

**379** Tous les accords régionaux d'investissement étudiés excluent les droits de propriété intellectuelle de la protection contre l'expropriation ou la nationalisation. Lire article 6 § 5 du Modèle de TBI de la SADC, l'article 5 § 5 de l'Annexe révisée du PFI, l'article 8 § 6, l'article 11 § 6 de l'ECOWIC, l'article 20 § 6 de l'Accord révisé du COMESA.

**380** Du nom du Secrétaire d'État américain (Cordell Hull) qu'il l'a formulée pour la première fois dans une note qu'il adressait à l'ambassadeur mexicain au sujet des mesures d'expropriation par le Mexique des compagnies pétrolières américaines en 1936, la doctrine Hull sous-entend qu'en cas d'expropriation ou de nationalisation, l'État est tenue prévoir une compensation *adéquate*, *prompte* et *effective,* voir JUILLARD (P.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI,* Martinus Nijhoff publishers, 1997, pp.79-80. Cordell Hull affirmait en substance que *« under international law, the United States has right* ***to prompt****,* ***adequate*** *and* ***effective*** *compensation from the expropriating countries »,* Déclaration tirée du texte reproduit dans le *Restatement on Foreign Relation Law of the United States,* Second, 1965, p. 556, cité par KOULA (B.

À l'opposé des instruments juridiques d'investissement de la CEDEAO qui portent toujours les empreintes de cette règle classique[381], les nouveaux textes de la SADC, du COMESA et de la CAE s'en sont départis de manière substantielle. En effet, la dimension largement protectrice de la formule Hull au profit des investisseurs étrangers n'est plus du goût des États africains composant ces CER. Ces derniers ont signé en quelque sorte un retour aux contestations soulevées par les pays en développement vis-à-vis de cette formule, lesquelles contestations ont eu pour conséquence la dilution des conditions de compensation dans la très symbolique *Résolution 1803 relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles* et dans la Charte sur les droits et devoirs économiques des États adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies[382]. L'objectif qui sous-tend l'approche des accords africains d'investissement est de préserver l'intérêt public des États d'accueil en leur accordant une certaine souplesse dans l'évaluation de la compensation financière qu'ils doivent aux personnes affectées par une expropriation.

D'abord, la *SADC Model BIT* énonce un régime de compensation financière plus favorable aux États d'accueil[383]. Ce document prévoit, à la charge de l'État dépossédant, une

---

M.), *Les traités régionaux africains d'investissement et le développement durable : cas de la CEDEAO et de la SADC, op. cit*., p. 116.

**381** L'ECOWIC prévoit que l'expropriation ou la nationalisation doit faire l'objet du versement d'une *« indemnisation **rapide**, **adéquate** et **effective** »,* Article 11 § 1 (c). À l'analyse, il s'agit d'un retour aux critères de la formule Hull. L'adjectif ***« rapide »*** utilisé n'est qu'un synonyme de ***« prompt ».*** Ce texte retient le critère de la « juste valeur marchande » dans l'évaluation de l'investissement exproprié sans pour autant exiger la prise en considération des circonstances supplémentaires comme c'est le cas dans les zones SADC, COMESA et CAE. Les dispositions de l'ECOWIC concernant la compensation financière consécutive à une expropriation ressemblent à celles de l'Acte additionnel de 2008 même si ce dernier n'a pas expressément aligné des qualificatifs à la suite de la compensation exigée. Lire Article 8 § 1 (d).

**382** La Formule Hull a donné lieu à d'importantes discussions dans les années 1960 et 1970. Les pays en développement trouvaient le standard de compensation trop élevé pour eux et militaient en faveur de son amoindrissement. Leur cause semble avoir été entendue, car la Résolution 1803 relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles prévoyait qu'en cas d'expropriation *« le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'État qui prend ces mesures… ».* AGNU, *Résolution 1803 relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles,* A/RES/1803 (XVII), 14 décembre 1962. L'article 2°c) de la Charte sur les droits et devoirs économiques des États prévoyait également l'application de la réglementation de l'État d'accueil en matière d'expropriation pour déterminer la compensation due aux investisseurs dépossédés. AGNU, Charte sur les droits et devoirs économiques des États, A/RES/3281 (XXIX), 12 décembre 1974. Voir DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.,* p. 405. Luis Hinojosa Martínez faisait la même démonstration au sujet de la contestation des pays en développement concernant les normes de protection des investisseurs. Il relevait que *« Los países en vías de desarrollo cuestionaron en diversa medida estos principios en los años sesenta, pues la mayoría de ellos no habian participado en su elaboración. Además, entendian que los mencionados principios estaban diseñados para proteger los intereses de los países de origen de la inversión, y limitaban su soberenía económica »,* Voir HINOJOSA MARTÍNEZ (L. M.), « La regulación de los movimientos internacionales de capital y de la inversiones extranjeras, *in* HINOJOSA MARTÍNEZ (L. M.), ROLDÁN BARBERO (J.), *Derecho internacional económico*, *op. cit.,* p. 306.

**383** Le PFI de la SADC de 2006 interdisait l'expropriation sans compensation aux États d'accueil. Mais l'on se rend compte qu'il avait repris la formule Hull en ce qui concerne l'indemnisation et avait brillé par un silence surprenant sur l'expropriation indirecte et les mesures à effet équivalent. En cas d'expropriation ou de

compensation « juste et adéquate »[384]. Conformément à cette méthode éclatée en trois options, le calcul de l'indemnité à verser se fonde sur l'équilibre de l'intérêt de l'État d'accueil et de celui des personnes affectées en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes et de bien d'autres éléments[385]. On remarque dès lors que la *SADC Model BIT* propose une méthode qui transcende la simple considération de la « juste valeur marchande » de l'investissement exproprié. En clair, la « juste valeur marchande » ne constitue plus l'unique critère d'évaluation du bien exproprié comme cela a été souvent le cas dans les accords d'investissement de première génération.

Ensuite, le PFI révisé de la SADC a suivi l'impulsion réformatrice la *SADC Model BIT*. Cet instrument exige une compensation « juste et appropriée » en cas d'expropriation. Non seulement il retient une formulation analogue à celle retenue dans le la *SADC Model BIT*, mais il s'est également approprié la deuxième option recommandée par ce texte à l'heure de calculer la compensation due aux personnes affectées[386]. Cependant, il reconnaît que cette méthode d'évaluation du bien exproprié est peut être ébranlée lorsque l'État d'accueil invoque d'autres facteurs tels que *« a) l'usage actuel et passé du bien en question ; b) l'historique de son acquisition ; c) la juste valeur marchande ; d) l'objectif de l'expropriation ; e) l'étendue des bénéfices antérieurs réalisés par l'investisseur étranger par le biais de l'investissement en question ; et f) la durée de ce dernier* »[387].

Dans l'espace COMESA, l'Accord du COMESA de 2007 avait déjà « sonné la révolte » contre la formule Hull en n'exigeant qu'une *prompte* et *adéquate* compensation en cas d'expropriation [388]. L'amendement à cet accord a gardé l'essence de cette formulation. Il dispose que *« where expropriation has been carried out, prompt and adequate compensation shall be paid »*[389]. En revanche, les rédacteurs de ce texte ont eu la présence d'esprit d'y introduire quelques infléchissements à la « juste valeur marchande » dans l'évaluation du

nationalisation, l'article 5 de la PFI de 2006 de la SADC exigeait *« …the payment of prompt, adequate and effective compensation ».*

**384** L'article 6 § 1 du Modèle de TBI de la SADC dispose que : *« A State Party shall not directly or indirectly nationalize or expropriate investments in its territory except …c) on payment of fair and adequate compensation with reasonable period of time ».*

**385** Lire Article 6 § 1 et 2 du Modèle de TBI de la SADC.

**386** Au fond, le PFI de 2016 estime que *« l'indemnité juste et appropriée est calculée par rapport à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié, immédiatement avant que l'expropriation n'ait lieu […] ».* Article 5 § 1 du PFI révisé de la SADC.

**387** Article 5 § 2 de l'Annexe 1 révisée du PFI.

**388** L'article 20 § 1 de l'Accord du COMESA de 2007 dispose : *« Member States shall not nationalize or expropriate investments in their territory or take any other measure tantamount to expropriation of investments except : c) on payment of prompt adequate compensation ».*

**389** Article 20 § 2 de l'Accord révisé du COMESA.

bien exproprié[390]. Il s'impose alors aux tribunaux arbitraux une grille de calcul non réduite à ce critère. Il devient un facteur d'appréciation parmi tant d'autres facteurs de nature économique ou non[391].

Les termes utilisés dans le Modèle de traité d'investissement de la CAE pour qualifier la compensation financière à verser en cas d'expropriation sont identiques à ceux de la *SADC Model BIT* : elle doit être « juste et adéquate »[392]. Néanmoins, ce document semble être le plus tendre à l'égard des États hôtes en ce qui concerne l'évaluation de la compensation financière. Bien qu'il énonce la méthode de la « juste valeur marchande » de l'investissement exproprié, il ajoute que celle-ci doit exclure toutes les pertes consécutives et exemplaires ou tous les bénéfices exceptionnels ou spéculatifs revendiqués par l'investisseur lésé, y compris ceux relatifs aux dommages moraux ou à la perte de clientèle[393]. De plus, il prévoit des facteurs spécifiques qu'il faut considérer pour un équilibre effectif des intérêts publics et privés[394].

La révision des méthodes de calcul de la compensation financière a été menée concomitamment avec celle des modalités de son versement. L'examen de la nouvelle génération d'accords régionaux africains d'investissement permet de déceler une grande flexibilité introduite dans le délai de paiement de l'indemnisation due aux investisseurs dépossédés. On le constate sans détour dans la *SADC Model BIT*. Ce document énonce sobrement que le versement en question doit s'effectuer *« within a reasonable period of time »*[395]. Sur ce point, l'ECOWIC exige un paiement « sans délai ». Ce texte semble moins flexible en la matière. Mais à y voir de plus près, il établit une marge de temps assez supportable pour l'État d'accueil. Aux termes de son article 11 § 3, *« les indemnités qui représentent une charge importante pour un État membre peuvent être payées par tranches*

---

**390** Les dispositions relatives à ces infléchissements à la méthode de la « juste valeur marchande » sont similaires à celles de l'Annexe révisée du PFI de la SADC, mais elles incluent un élément supplémentaire, à savoir que *« compensation may be adjusted to reflect the aggravating conduct by a COMESA investor or such conduct does not seek to mitigate damages ».* Lire Article 20 § 3 de l'Accord révisé du COMESA.

**391** NIKIEMA (S. H.), « Indemnisation de l'expropriation », IISD, Mars 2012, p. 10, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/best_practice_compensation_expropriation_fr.pdf, consulté le 21 mai 2020.

**392** Aux termes de l'article 7 § 1 du Modèle de traité de la CAE, *« Neither Party may nationalize or expropriate an Investment (hereinafter «expropriate »), or take measures having an effect equivalent to expropriation, except […] iv) on payment of just and adequate compensation ».*

**393** Lire article 7 § 2 du Modèle de TBI de la CAE.

**394** On peut énumérer entre autres facteurs, les options disponibles à l'investisseur en vue d'atténuer ses pertes, sa conduite qui a contribué aux pertes, ses responsabilités à l'égard du gouvernement de l'État d'accueil comme conséquence de ses opérations, l'atteinte à l'environnement ou aux droits des collectivités locales non remédiée par celui-ci. *Idem.*

**395** Article 6 § 1 (c) du Modèle de TBI de la SADC.

*périodiques, comme convenu par les parties […] »*[396]. Les rédacteurs des autres textes ont omis la mention *« sans délai »,* au vu du poids qu'elle pourrait représenter pour les États d'accueil. Ils ont plutôt prévu à leur convenance, des délais de paiement relativement commodes[397].

Eu égard aux nouvelles dispositions des accords régionaux africains relative à la compensation financière due en cas d'expropriation, on assiste à une minoration des obligations des États d'accueil des investissements. Et cette tendance n'est pas près de s'arrêter.

## B. La limitation du transfert des fonds

La clause du « libre transfert » donne la possibilité aux investisseurs de faire transiter les capitaux vers et en provenance de l'État hôte. Elle vise à permettre non seulement le versement régulier des fonds vers l'opération d'investissement en cas de besoin, mais également à autoriser le rapatriement de tout ou partie des profits générés par cette opération vers l'État d'origine. La nécessité de cette clause reconnue, les accords régionaux africains d'investissement la prévoient sans pour autant verser dans une garantie qui nuirait à leurs intérêts. Ils enferment ce droit dans plusieurs restrictions **(1)** qui ne font que traduire la nouvelle vision des CER africaines en matière de réglementation des investissements **(2).**

### *1. Des restrictions notables*

Une opération d'investissement est pratiquement inconcevable sans cette clause du libre transfert des fonds, car cette dernière en est un élément cardinal d'incitation[398].

---

**396** L'article 7 § 4 d Modèle de traité de la CAE énonce une disposition similaire : *« Awards that are significantly burdensome on Home States may be paid over the period as agreed by the Parties to arbitration ».*

**397** Les paiements qui représentent un fardeau considérable pour un État *« may be paid yearly, over a three-year period or such other period agreed by parties to arbitration […] »,* Lire article 6 § 4 du Modèle de TBI de la SADC. Le PFI de 2016 prévoit qu'ils *« peuvent être étalés sur une période de trois ans ou sur toute autre période dont conviendront l'État d'accueil et l'investisseur […] »,* Article 5 § 4 de l'Annexe 1 révisée du PFI. Aux termes de l'article 20 § 6 de l'Accord révisé du COMESA, les indemnités qui représentent une charge importante pour l'État hôte *« may be paid yearly over a period agreed with the Parties […] ».*

**398** La garantie du libre transfert des fonds est l'une des protections les plus importantes offertes par le droit international aux investisseurs étrangers. Elle représente un enjeu de taille tant à l'investisseur étranger qu'à l'État d'accueil de l'investissement. Ceci justifie le fait qu'elle est abordée avec beaucoup de tact dans les traités d'investissement avec l'ambition d'aboutir à un équilibre des intérêts des parties prenantes. Voir DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.*, pp.428-432. Compte tenu de la sensibilité de la question, il est souvent prévu dans les traités une clause décrivant dans quelles conditions et comment le transfert des capitaux s'opère ; CNUCED, *International Investments Agreements : Key Issues*, vol. I, UN Publications, 2004, pp.269 et suiv. Pour approfondir la clause du "libre transfert", voir LAVIEC (J-P.), *Protection et promotion des investissements, étude de droit international économique, op. cit*., pp. 117-156, UNCTAD, *Transfer of Fund*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, Geneva and New York, 2000, 69 p.

La *SADC Model BIT* demande aux États hôtes d'accorder aux investisseurs le droit de transférer les fonds relatifs à leurs opérations d'investissement[399]. Suivant les recommandations de ce guide d'orientation, l'annexe révisée du PFI en 2016 va insister sur cette obligation. Son article 13 § 1 énonce que *« chaque État partie veille à ce que les facilités soient offertes aux investisseurs de rapatrier les investissements, les indemnisations et les retours financiers conformément aux règles et règlements établis par l'État d'accueil »*. Cependant, latitude est donnée aux États d'accueil de réglementer le mouvement des capitaux lorsque certaines circonstances les y obligent.

La *SADC Model BIT* regorge ainsi de nombreuses restrictions au droit de rapatriement des fonds liés aux investissements. Ces restrictions extrêmement détaillées tiennent à plusieurs situations économiques, financières et fiscales[400]. La version révisée du PFI fournit un résumé de ces « restrictions de transfert » en autorisant les États d'accueil d'y recourir lorsqu'ils estiment être confrontés à des « contraintes économiques ». Nonobstant l'obligation conventionnelle de libre transfert qui pèse sur eux, *« les États parties peuvent, sous réserve de leurs lois et règlements nationaux, réglementer le rapatriement des investissements et les retours financiers lorsque les contraintes économiques l'exigent et, notamment, dans les cas énumérés ci-après, cette liste n'étant pas cependant, exhaustive : a) difficultés de balance des paiements ; b) difficultés financières externes ; c) difficultés de gestion macroéconomique, y compris de la politique monétaire ou de la politique du taux de change »*[401].

Comme il est d'usage dans les accords internationaux d'investissement, l'Accord révisé du COMESA, le Modèle de traité d'investissement de la CAE et les instruments de la CEDEAO relatifs aux investissements garantissent également le libre transfert des fonds. À l'image de la *SADC Model BIT,* ces textes ont entrepris une énumération des types de transferts autorisés, et une clarification de la nature des obligations découlant de cette clause. L'on pourrait légitimement s'en féliciter car, suivant la CNUCED, la clarification du contenu d'une disposition *« réduit le pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière d'interprétation »*[402]. Les fonds qui pourraient entrer en jeu dans les opérations de transfert sont, entre autres, les bénéfices, les gains en capital, les dividendes, les redevances, le produit

**399** Article 8 § 1 du Modèle de TBI de la SADC.

**400** Lire Article 8 § 3 et 4 du Modèle de TBI de la SADC.

**401** Article 13 § 2 du PFI révisé.

**402** CNUCED, *Réforme du régime juridique des accords internationaux d'investissement : Phase 2*, Genève, 2017, p. 5.

de la liquidation partielle ou totale d'un investissement, les droits de licence relatifs à un investissement, la compensation ou tout autre règlement résultant des investissements[403].

L'engagement des États d'accueil à autoriser le libre transfert des fonds liés aux investissements en dehors de leurs territoires n'étant pas absolu, l'ECOWIC se distingue d'entrée par la fixation des délais dans lesquels les investisseurs se verraient déniés de ce droit. Ce nouvel instrument de la CEDEAO prévoit que *« le capital ne peut être transféré que deux ans après l'entrée de l'investissement sur le territoire de l'État membre concerné […] »*[404]. Quant au produit de l'investissement, il ne peut l'être *« qu'un an après l'entrée de l'investissement sur le territoire de l'État membre concerné »*[405].

Tous les autres accords régionaux renferment une liste exhaustive des circonstances dans lesquelles cette liberté peut être restreinte. Les dispositions et les commentaires contenus dans le Modèle de traité de la CAE – qui sont d'ailleurs très proches de ceux des autres textes – renseignent à suffisance sur les exceptions à la clause du libre transfert. Il en ressort premièrement que cette clause est *« subject to prudential measures, law enforcement, tax obligations, and a general emergency balance of payments situation »*[406]. Au total, le « libre transfert » est grevé d'exceptions liées à la fiscalité, d'exclusions au nom d'un certain nombre de garanties que possède l'État, ainsi que de restrictions temporaires. La dernière catégorie de restrictions en valait véritablement la peine dans les accords régionaux africains d'investissement.

---

**403** Voir article 15 § 1 de l'Accord révisé du COMESA, article 9 § 1 du Modèle de traité de la CAE, article 10 § 1, Article 12 § 1 de l'ECOWIC.

**404** Article 12 § 4 (a) de l'ECOWIC.

**405** Article 12 § 4 (b) de l'ECOWIC.

**406** Un État d'accueil a la faculté d'empêcher ou de retarder un transfert par l'application non discriminatoire et de bonne foi de sa législation nationale concernant la faillite et l'insolvabilité ou la protection des droits des créanciers ; l'émission, le négoce ou la négociation de titres, de contrats à terme, d'options ou de produits dérivés ; les infractions criminelles ou pénales ; l'établissement des rapports financiers ou la tenue de registres sur les transferts pour aider les organismes d'application de la loi ou les autorités de réglementation financière ; ou la garantie du respect des ordonnances ou des jugements dans les procédures judiciaires et administratives, Lire Article 10 § 3 de l'Acte additionnel de 2008 et l'article 12 § 4 de l'ECOWIC. Cette liste d'exceptions déjà bien longue est contenue dans l'Accord révisé du COMESA et dans le Modèle de traité de la CAE. Néanmoins, ces textes ne se sont pas arrêtés là. Ils ont apporté des éléments nouveaux à leurs listes respectives. Le premier y ajoute les obligations fiscales, la sécurité sociale, la retraite publique et les programmes obligatoires d'épargne et les formalités nécessaires pour s'inscrire et satisfaire la Banque centrale ou d'autres autorités compétentes d'un État partie. Lire Article 15 § 2 (g) (h) (i) de l'Accord révisé du COMESA. Le second renferme non seulement les éléments nouveaux insérés dans l'Accord révisé du COMESA, mais également de nouvelles exceptions *« e) in case of non-fulfillment of contractual obligations between the investor and the host country investment authority […] i) severance entitlements of employees ; […] k) in cases of balance of payments ; l) in the promotion of technology transfer and food security »,* Lire article 9 § 3 du Modèle de traité de la CAE.

## *2. Une clairvoyance appréciable*

À en croire Arnaud de Nanteuil, les restrictions temporaires ne sont généralement pas prévues dans les TBI et dans les accords régionaux. Ce type de dérogation n'est pas fréquente dans la pratique conventionnelle relative aux investissements[407]. Ce qui met davantage en lumière l'approche novatrice des CER africaines en matière d'investissement. Il est impérieux de souligner à cet égard que les motifs qui justifient cette exception à la clause du libre transfert des capitaux sont le déséquilibre de la balance de paiement, les crises financières et les difficultés liées à la gestion macroéconomique, en particulier aux politiques monétaires et de change.

L'on peut oser dire que dans un monde en proie aux pires fluctuations sur tous les plans, ce serait faire œuvre éborgnée que de ne pas envisager l'éventualité de pareilles situations dans les conventions d'investissement. La douloureuse expérience de l'Argentine à la suite de la crise économique qu'elle a connue en 2001 autorise cette affirmation. En effet, ce pays d'Amérique latine a vu plus d'une cinquantaine de requêtes arbitrales dirigées contre lui pour avoir négligé la prévision d'exceptions substantielles aux standards de protection des investisseurs[408].

Prévoir un droit absolu de rapatriement des fonds au profit des investisseurs étrangers aurait été un zèle suicidaire de la part des CER africaines. Heureusement, il n'en a pas été le cas. Leurs nouveaux instruments de régulation des investissements énoncent la possibilité pour les États d'accueil de prendre des mesures de sauvegarde en cas d'avènement de situations économiques inattendues. Le Modèle de traité d'investissement de la CAE, l'Accord révisé du COMESA et l'ECOWIC s'inscrivent dans le droit fil des dispositions de l'article 8 § 4 de la *SADC Model BIT* qui se lisent comme suit: *« a) where, in the opinion of a State Party, payments and capital movements under this Agreement cause or threaten to cause i) serious difficulties for balance of payment purposes, ii) external financial difficulties, iii) difficulties for macroeconomic management, including monetary policy and exchange rate policy ; State Party concerned may take safeguard measures with regard to capital movements and a temporary basis so as to be eliminated as soon as conditions permit […] ».*

---

**407** DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.* p. 432.

**408** Voir MARCELO PERRONE (N.), « Inversiones extranjeras. Demandas contra la Argentina por controversias vinculadas con la crisis del año 2001 », 17 p., disponible sur http://www.derecho.uba.ar/investigacion/demandas.pdf, consulté le 21 juin 2020.

Étant donné l'importance et la nature temporaire de ces restrictions, tous ces textes ont clairement défini les conditions, les mécanismes et les délais dans lesquels elles peuvent intervenir. En tout état de cause, elles doivent être prises de bonne foi et sur une base non discriminatoire après consultation de l'État d'origine de l'investisseur[409]. Ce qui est compréhensible, car autant la question du libre transfert des capitaux est préoccupante pour l'État d'accueil de l'investissement, autant elle l'est pour l'État d'origine de l'investisseur[410].

Les restrictions au droit du libre transfert des capitaux énoncées par les accords régionaux africains permettent aux États d'accueil d'intervenir efficacement dans les circonstances économiques ou financières exceptionnelles. Elles sont fondées, en ce qu'elles fournissent les arguments nécessaires aux États d'accueil d'invoquer valablement la clause *rebus sic stantibus* devant les tribunaux arbitraux. Le droit de « faire » des investisseurs étrangers généré, par les dispositions relatives au libre transfert des fonds, se heurte au pouvoir des États d'accueil de le « défaire ».

L'on ne pourrait aucunement méconnaître les innovations de ces textes. Cependant, leurs rédacteurs auraient pu définir clairement le taux des gains et des profits transférables dans les délais qu'ils auront prévus. Au demeurant, leur nouvelle approche de la clause du libre transfert des capitaux est assez réaliste. La préservation des intérêts des États membres en est le premier mobile.

**409** L'article 9 § 4 (a) du Modèle de traité de la CAE, l'article 12 § 4 (d) et l'article 24 de l'Accord révisé titré « Measures to Safeguard Balance of Payments » prévoit des dispositions analogues.
**410**WÄLDE (T.), KOLO (A.), « Money Transfer and Taxation », *in* MUCHLINSKI (P.), ORTINO (F.), SCHREUER (C.), *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p.331.

## Conclusion

Les CER africaines ont remarquablement évolué dans la production des règles et des politiques relatives aux investissements. Leurs nouveaux instruments juridiques de régulation des investissements reflètent nettement une restriction des standards de traitement des investisseurs et de leurs investissements. Le principe de la non-discrimination, perché sur les clauses du traitement national et de la nation la plus favorisée, a été repensé. De même, les autres standards protégeant les investisseurs « dans l'absolu » ont été substantiellement revisités. On note d'ailleurs une exclusion audacieuse de certaines règles de protection qui ont acquis une véritable notoriété dans la pratique du droit international des investissements. La nouvelle génération de traités régionaux africains d'investissement se distingue ainsi par des dispositions novatrices qui marquent une rupture avec les TBI traditionnels. Il est observé un affaiblissement de la protection due aux investisseurs et, en revanche, un affermissement des droits des États d'accueil des investissements.

# Chapitre II.
# La consolidation des droits des États d'accueil des investissements

En matière d'investissement, les États d'accueil ont la compétence de déterminer dans quelle mesure les personnes physiques et morales étrangères peuvent réaliser leurs activités, quels secteurs et industries ils peuvent ou non pénétrer, et s'ils doivent ou non remplir des conditions supplémentaires pour réaliser et exploiter une propriété sur leur territoire[411]. Mais force est de constater que dans les anciens instruments régionaux africains d'investissement, ces prérogatives reconnues aux États d'accueil sont inhibées. Les intérêts privés des investisseurs et les intérêts étatiques entrent en conflit avec, *in fine*, une prévalence des premiers sur les seconds.

À l'ère de la modernisation du régime juridique des investissements en Afrique, résorber ces antagonismes défavorables aux États est apparue comme une véritable gageure pour les CER. Peter Schaufelberger avait déjà tiré sur la sonnette d'alarme lorsqu'il écrivait que l'État d'accueil des investissements *« doit à tout le moins pouvoir contrôler et diriger les activités qui s'exercent sur son territoire afin d'atteindre ses objectifs politiques, économiques et sociaux »*[412]. Et Adams Bonomo d'ajouter que l'Afrique ne peut tirer profit de ses ressources naturelles que lorsqu'elle réussira à contrôler et à réguler efficacement les investissements étrangers dans les pays hôtes[413].

Les rédacteurs des nouveaux textes d'investissement des CER africaines ont ressuscité les prérogatives des États d'accueil de sorte à renforcer leur marge de manœuvre. Ils ont dû réaffirmer le droit des États d'accueil de réglementer les investissements **(Section I)** et donner le droit à ceux-ci d'exiger des performances aux investisseurs étrangers **(Section II).**

---

**411** Jeswald Salacuse a précisé que *« with respect to foreign investment, States have the complete legislative jurisdiction to determine to what extent foreign nationals and companies may undertake investments, which sectors and industries they may or may not enter, and whether or not they must fulfil additional conditions in order to undertake and operate an investment within State territory ».* SALACUSE (J. W.), *The Law of Investment Treaties*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2015, p. 191.

**412** SCHAUFELBERGER (P.), *La protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement. Étude de la garantie contre les risques de l'investissement et en particulier de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI),* Zürich, Schulthess Polygraphischer, 1993, p. 88.

**413** Adams Bonomo déclarait: « *África solo obtendrá los máximos beneficios para sus recursos y mercados si tiene éxito en el desarrollo de una política africana de control de la inversión extranjera, para regular a todos los inversores extranjeros »,* BODOMO (A.), *La globalización de las inversiones en África,* Catarata, Casa África, 2011, pp. 9-10.

## SECTION I. LA RÉAFFIRMATION DU DROIT DES ÉTATS HÔTES DE RÉGLEMENTER LES INVESTISSEMENTS

*« Le droit de l'État de réglementer est indiscutable »*[414]. Il est en effet un attribut fondamental de souveraineté en droit international. La jouissance de ce droit par les États hôtes se traduit surtout par l'exercice de leur pouvoir législatif et réglementaire. En droit des investissements, il implique la liberté de l'État d'accueil de produire des normes ou de prendre des mesures dans un but d'intérêt public. Les nouveaux accords régionaux africains d'investissement permettent aux États d'accueil de reconquérir leur liberté normative. Ces derniers ont désormais la possibilité d'adopter une variété de mesures en vue d'atteindre leurs objectifs légitimes de développement. Ils sont autorisés à prendre des mesures sécuritaires **(§ 1)** et celles liées à l'environnement et à la santé **(§ 2).**

### § 1. LA PERMISSIBILITÉ DES CLAUSES SÉCURITAIRES

Plusieurs intérêts étatiques justifient l'insertion de cette clause dérogatoire dans les accords internationaux d'investissement. Les intérêts fondamentaux pour lesquels les États d'accueil se réservent généralement une marge de manœuvre politique dans les accords sont ce que Aikaterini Titi appelle *« les intérêts essentiels de sécurité et leurs composantes »*[415]. Dans les instruments juridiques africains d'investissement élaborés par les CER africaines, les mesures sécuritaires susceptibles d'être adoptées par l'État d'accueil peuvent aussi faire l'objet d'une interprétation stricte **(A)** ou large **(B).**

#### A. La prévision des mesures de sécurité *stricto sensu*

La révision systématique des règles d'investissement par les CER africaines a donné lieu à certains dispositions exonératoires portant sur les politiques sécuritaires des États membres. Conformément aux nouveaux textes, ils sont désormais habilités à prendre des mesures visant à assurer leur sécurité nationale ou leurs intérêts essentiels de sécurité, grâce à leur liberté normative recouvrée **(1).** Pour des raisons liées au maintien de la paix et de la sécurité internationales, le recours à d'autres mesures étatiques est également envisageable **(2)**.

---

[414]ROBERT-CUENDET (S.), « La protection du pouvoir de réglementation environnementale de l'État dans le cadre du contentieux du contentieux de l'expropriation indirecte. Investissement international et protection de l'environnement. », disponible sur https://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/Robert.pdf, consulté le 13 mai 2020, p. 3.

[415] Pour un examen des différents intérêts de régulation fréquemment rencontrés dans les accords internationaux d'investissements, notamment *the essential security interests and their composing, public order and public interest,* voir TITI (A.), *The Right to Regulate in International Investment Law, op. cit.,* pp. 76-101.

## *1. Les mesures de sécurité nationale*

Les accords d'investissement adoptés ces dernières années par les CER africaines réitèrent les exceptions aux obligations des États de protéger les investissements lorsqu'ils sentent leur sécurité nationale menacée. Elles autorisent les États d'accueil des investissements à prendre les mesures nécessaires pour se protéger sans risque d'engager leur responsabilité conventionnelle. Les formules rédactionnelles de ces dispositions varient d'un texte à l'autre. Dans ses traités d'investissement, l'Allemagne prévoit, par exemple, des clauses au titre de sa *« sécurité publique »*[416], tandis que les États-Unis d'Amérique, le Canada et l'Inde envisagent des clauses contribuant à la protection de leurs *« intérêts essentiels en matière de sécurité »*[417].

En Afrique, la *SADC Model BIT* et le modèle de traité d'investissement de la CAE, bien qu'ayant déjà établi les mesures de sécurité nationale comme limitations aux standards indirects de protection des investissements, sont revenus à la charge avec des dispositions bien plus profitables aux États d'accueil. Ces documents énoncent que rien ne doit être interprété comme obstruant *« a State Party's measures that it considers necessary for the fulfilment of obligations with respect to […] the protection of its national security interests »*[418].

Des dispositions similaires sont rencontrées dans l'Accord révisé du COMESA[419]. Mais il est important de souligner que parmi les instruments régionaux africains d'investissement, l'ECOWIC est celui qui a su véritablement déployer toute l'envergure des mesures étatiques relatives à la sécurité nationale. Son article 9 § 2 est entièrement dédié aux « exceptions relatives à la sécurité », lesquelles exceptions soustraient les États d'accueil de leur engagement conventionnel à accorder la clause de la nation la plus favorisée aux investisseurs étrangers. Il énonce que les dispositions du Code *« ne peuvent pas être interprétées pour : b) empêcher un État membre de prendre des mesures qu'il juge indispensables à la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité […] »*[420]. Bien d'autres mesures peuvent être légitimement prises par l'État d'accueil, notamment celles qui

---

**416** Voir, par exemple, Article 3 TBI Allemagne- Pakistan

**417** Voir BONOMO (S.), *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements et souveraineté des États,* Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 242.

**418** Lire Article 25 § 5 du Modèle de TBI de la SADC et l'article 18 § 7 du Modèle de traité de la CAE.

**419** L'article 22 § 2 de l'Accord révisé du COMESA dispose que *« Nothing in this Agreement shall be construed to : b) preclude a Member State from applying measures that it considers necessary for the protection of its own national security interests ».*

**420** Ces dispositions s'inscrivent dans le prolongement de l'article 37 (b) de l'Acte additionnel de 2008.

se rapportent à la production, au commerce et la mise au point d'armes et autres matériels de défense[421], ainsi qu'aux mesures prises en temps de guerre ou dans d'autres situations d'urgence dans les relations nationales ou internationales[422].

Le droit des États d'accueil d'exercer leur pouvoir de réglementation d'investissement s'étend à certaines mesures de sécurité nationale que seul le nouvel instrument juridique de la CEDEAO aborde. En effet, les États d'accueil considèrent certains secteurs comme ayant une importance stratégique. Les secteurs généralement considérés comme tels sont les secteurs de l'énergie, les industries extractives, ainsi que les secteurs des infrastructures, des nouvelles technologies de la communication et de l'information. À ce titre, les projets d'opération ou de prise de contrôle de ces secteurs par les investisseurs subissent le contre-coup des États d'accueil pour des considérations liées à la sécurité nationale[423]. En guise d'illustration, en 2005, le gouvernement espagnol a réussi a empêché l'acquisition de l'entreprise espagnole d'électricité *Endesa* par l'entreprise allemande *E. ON* en invoquant des menaces à la sécurité nationale[424].

Désignés sous le vocable de « secteurs vitaux », ou d'« infrastructures vitales » ou encore de « champions nationaux », ces secteurs sont si stratégiques et sensibles que les États d'accueil s'estiment en droit de prendre des mesures restrictives à l'égard des investisseurs étrangers qui voudraient y effectuer des opérations économiques. Les États membres de la CEDEAO ont su œuvrer à l'intégration de ces prérogatives dans l'ECOWIC en leur faveur. Ainsi peut-on lire dans ce texte que les mesures nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sécurité d'un État d'accueil incluent, « *sans toutefois s'y limiter, des mesures prises pour la protection d'infrastructures publiques vitales/essentielles, y compris les infrastructures de communication, d'électricité et d'eau, contre des tentatives délibérées visant à endommager ou à saboter ces infrastructures* »[425].

Si le caractère purement militaire de la sécurité n'est pas explicitement énoncé par le traité d'investissement, d'autres dangers sont désormais pris en compte, à la faveur d'une œuvre jurisprudentielle. L'étirement de la notion de sécurité a été amorcé par la CIJ dans *l'Affaire*

---

**421** Article 9 § 2 (b) (i) et (ii) de l'ECOWIC.
**422** Article 9 § 2 (b) (iii) de l'ECOWIC.
**423** UNCTAD, *World Investment Report 2006 : FDI from Developing and Transition Economies : Implications for Development.* Sales N° E. 07 II. D 10, New York and Geneva, p. 23.
**424** CNUCED, *La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissement (AII),* Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international pour le développement, New York et Genève, 2009, p. 12.
**425** Article 9 § 2 (iv) de l'ECOWIC.

*des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*[426]. Dans cette affaire, la Cour de la Haye a fait une interprétation extensive de la notion de sécurité en considérant qu'*« elle débordait certainement la notion d'agression armée »*[427]. Cette notion englobe d'autres menaces dont celle de nature économique qui s'est épanouie dans les contentieux CIRDI ayant opposé les investisseurs étrangers au gouvernement argentin consécutivement à la crise économique de 2001[428].

Les tribunaux arbitraux, à travers leurs sentences successives, ont renforcé cette conception large de la notion de sécurité. En témoigne *l'Affaire LG&E c. Argentine* à l'occasion de laquelle les arbitres ont reconnu que cette crise économique a menacé le gouvernement et l'État argentin d'un effondrement total. Ils ont de ce fait considéré que *«[c]onclure qu'une crise économique aussi grave ne peut constituer un intérêt essentiel de sécurité revient à minimiser les ravages que l'économie peut causer sur la vie de toute une population et sur la capacité du gouvernement à diriger. Lorsque les fondements économiques d'un État sont assiégés, la gravité du problème peut être égale à celle d'une invasion militaire »*[429].

Qui plus est, la crise de la Covid-19 a provoqué une forte tendance à l'étirement, voire au dépassement de la sécurité. Cette pandémie a entraîné *« un nouvel essor de différentes formes d'interventionnisme public dans l'économie, la recherche de la résilience face aux fragilités qui découlent des chaînes de valeur globales, et de nouvelles interrogations sur ce qui est considéré comme essentiel »*[430]. Le lien entre les concepts « sécurité » et « économie » est désormais clairement établi.

Les mesures portant sur la sécurité des États d'accueil sont, malgré cela, inexistantes dans les instruments juridiques d'investissement adoptés par les autres CER africaines. Dans l'univers des accords internationaux d'investissement, elles ne sont pas non plus fréquentes.

---

**426** Dans cette affaire la CIJ avait considéré que la notion de sécurité « débordait certainement la notion d'agression armée », voir CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), 27 juin 1986.

**427** *Idem.*

**428** Voir par exemple, CIRDI, *Enron Corporation Ponderosa Assets L. P. c. la République d'Argentine*, Affaire n° ARB/01/03, 22 mai 2007, § 342 ; CIRDI, *LG&E Energy Corporation et al. c. Argentine*, Affaire n° ARB/02/01, 3 octobre 2006, § 238 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. la République d'Argentine,* Affaire n° ARB/01/08, 12 mai 2005, § 359-360. Pour une vue panoramique sur la question, voir MARTIN (A.), « Investment Disputes after Argentina's Economic Crisis : Interpreting BIT Non-precluded Measures and the Doctrine of Necessity under Costumary International Law », *Journal of International Arbitration*, 29, n° 1, 2012, pp. 49-70.

**429** CIRDI, *LG&E Energy Corporation et al. c. Argentine*, Affaire n° ARB/02/01, 3 octobre 2006, §238.

**430** CASTELLARIN (E.), « L'évolution du filtrage des investissements étrangers dans le cadre de la pandémie de Covid-19 », *AFDI*, LXV, 2020, p. 153.

L'œuvre des rédacteurs de l'ECOWIC mérite, par conséquent, d'être appréciée à sa juste valeur sur le continent africain où la mondialisation a ouvert le ballet des sociétés transnationales indéfiniment attirées par des gains, quitte à ignorer les intérêts étatiques. Tous les rédacteurs des textes africains d'investissement devraient en prendre la graine, à plus forte raison, ceux qui ont révisé le PFI de la SADC en 2016. Et pour cause, ces derniers n'ont fait que présenter une version caricaturale du droit de réglementation des États d'accueil alors qu'il fallait en dessiner des contours plus fins afin de favoriser sa jouissance en toute quiétude[431]. Il aurait fallu clarifier les mesures comme l'ont fait les autres accords qui ont même songé à incorporer les mesures liées sécurité collective dans leur contenu.

### *2. Les mesures liées à la paix et la sécurité internationales*

Défendre ses « intérêts de sécurité nationale » peut paraître particulariste, voire égoïste dans un monde où aucun État ne peut vivre en autarcie. Les organisations d'intégration régionale africaines l'ont compris. Celles-ci ont tenu à inscrire la possibilité des États d'accueil d'imposer des mesures relatives à la paix et à la sécurité internationales dans leurs instruments d'investissement. De la sorte, ces derniers sont en mesure d'œuvrer au maintien de leur sécurité collective sans risquer d'être condamnés, même au cas où leurs mesures portent atteinte aux droits des investisseurs.

Les instruments juridiques d'investissement se réfèrent expressément aux obligations opposables aux États en leur qualité de parties à la Charte des Nations Unies. Par conséquent, les mesures sont généralement admises par la communauté internationale, parce qu'elles y sont entendues comme des actions commandées par le Conseil de sécurité qui est aux manettes du maintien de la paix et de la sécurité internationales. Cette exigence de l'ONU à l'égard de ses membres, inscrite à l'article 24 § 1 de la Charte des Nations Unies, énonce : *« Afin d'assurer l'action rapide et efficace de l'Organisation, ses Membres confèrent au conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationale et reconnaissent qu'en s'acquittant des devoirs que lui impose cette responsabilité le Conseil agit en leur nom »*[432].

---

**431** Le PFI révisé est laconique sur le droit des États d'accueil de réglementer. Il s'est contenté de prévoir sans expliquer que « Comme l'exigent le droit coutumier international et aux autres principes généraux du droit international, l'État d'accueil a le droit de prendre toutes les mesures réglementaires et autres, pour s'assurer que le développement qui a lieu sur son territoire est conforme aux objectifs et aux principes du développement durable et autres objectifs légitimes de politique social et économique ». Article 12 du PFI révisé de la SADC.
**432** Article 24 § 1 de la Charte des Nations Unies.

Aussi bien l'ECOWIC que les accords régionaux d'investissement l'ayant précédé posent que rien ne saurait *« empêcher un État membre à prendre des mesures en application de ses engagements au titre de la Charte des Nations Unies pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales »*[433]. Il n'est pas superflu de relever qu'au lieu du terme « engagements » employé dans l'espace CEDEAO, celui de « obligations » retenu par les rédacteurs des textes de la SADC, du COMESA et de la CAE révèle avec plus d'exactitude l'intensité de la contrainte découlant de la Charte des Nations Unies à la charge des États parties. De même, dans le libellé de cette autonomie réglementaire des États hôtes, l'ECOWIC s'est limité au « maintien » de la paix et de la sécurité internationales, pendant que les autres documents évoquent le *« maintenance or restoration »*[434] de cet idéal cher à l'ONU. Une formulation équivalente dans le contenu de l'ECOWIC aurait été préférable.

Au demeurant, en dépit des variations terminologiques, l'on doit considérer que les intentions des rédacteurs de tous ces textes sont identiques, l'esprit des dispositions étant que la paix et la sécurité internationales constituent des clauses exonératoires de responsabilité internationale, en cas de violation d'une convention d'investissement par l'État d'accueil. Au cas où le Conseil de sécurité des Nations Unies venait à adopter une résolution conformément au Chapitre VII de la Charte, invitant les Parties à prendre des mesures dans l'intérêt de la paix et de la sécurité collective, celles-ci ne contreviendraient pas à leurs accords d'investissement si elles agissaient en conséquence. Point besoin que ces accords comportent des exceptions relatives à la paix et la sécurité internationales, lorsqu'on sait que les dispositions au titre du Chapitre VII sont contraignantes pour tous les États membres de l'ONU et que les obligations secrétées par la Charte l'emportent sur toutes les autres obligations conventionnelles qui lient ces derniers[435]. Telle est l'essence de l'article 103 de la Charte des Nations Unies qui dispose qu'*« en cas de conflit entre les obligations des*

---

**433** Article 9 § 2 (c) de l'ECOWIC.

**434** L'article 22 § 2 dispose : *« Nothing in this Agreement shall be construed to : a) preclude a member State from applying measures that it considers necessary for the fulfilment of its **obligations** under the United Nations Charter with respect to **maintenance or restoration** of international peace and security ».* L'article 25 § 5 du Modèle de TBI de la SADC de 2012, l'article 18 § 7 du Modèle de traité de la CAE renferment le même langage, mais ils omettent la mention **« under United Nations Charter** ». Il y a lieu d'ajouter que relativement à la « paix » et « la sécurité », les accords internationaux retiennent généralement deux approches : certains se réfèrent à « la paix ***et*** la sécurité », tandis que d'autres renvoient à « la paix ***ou*** la sécurité ». La première approche, moins fréquente d'ailleurs, est celle adoptée par l'ECOWIC. En pratique, il est difficile qu'une distinction entre les deux variantes soient pertinentes ; voir CNUCED, *La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissement (AII), op. cit.,* p. 86.

**435** *Idem.*

*Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu tout autre accord international, les premières prévaudront ».*

Dès lors, agissant sous la férule du Conseil de sécurité pour avoir convenu « d'accepter et d'appliquer » ses décisions[436], les États membres des CER africaines sont assurés de ne pas être jugés coupables de manquement à leur devoir de protéger les investisseurs. Sans surprise, elles auront agi suivant une résolution de cet organe. L'exécution du mandat de Conseil de sécurité est appréhendée comme préservant les intérêts supérieurs de la communauté internationale. Dans cette logique, elle réduit à néant le risque de poursuite auquel elles auraient pu s'exposer.

Certains États, faut-il l'indiquer, ont émis des réserves quant à la pertinence d'introduire une disposition n'établissant un lien qu'avec la Charte des Nations Unies. Ils auraient souhaité que les mesures de paix et de sécurité internationales fussent considérées comme résultant également des accords conclus par les organisations régionales. Cette tendance fut le nœud des débats sur les questions de sécurité au cours des négociations du projet avorté de l'Accord Multilatéral d'Investissement dirigées par l'OCDE[437]. À vrai dire, l'inquiétude, pour légitime qu'elle soit, n'avait pourtant pas sa raison d'être. Dès lors que les actions des organisations régionales sont menées sous le couvert du Chapitre VIII[438] de la Charte des Nations Unies portant sur les « accords régionaux », et qu'elles sont jugées nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationale, ces mesures étatiques pourraient être valablement autorisées[439].

De ces différents développements, il ressort qu'une autre possibilité s'offre aux CER africaines de prévoir des dérogations liées à paix et à la sécurité. Ces dérogations qui ne sont rien d'autre que des mesures exceptionnelles ne sauraient mises en échec. Cela ne peut que réjouir qui sait que la plupart des régions africaines abritent souvent plusieurs foyers de tensions et d'insécurité.

---

**436** Cf. Article 25 de la Charte des Nations Unies.

**437** OCDE, *Exceptions générales, réserves spécifiques des pays, dérogations temporaires,* Groupe de négociation sur l'Accord multilatéral d'investissement, Note du président, p. 3.

**438** Le Chapitre VIII de la Charte des Nations Unies porte sur les « Accords régionaux ».

**439** BURKE-WHITE (W. W.), VON STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times : the Interpretation and Application of Non-Precluded Provisions in Bilateral Investment Treaties », *Virginia Journal of International Law,* vol. 4, Issue 2, 2008, p. 356.

## B. L'admission des mesures de sécurité *lato sensu*

Dans le domaine en pleine expansion des mesures de politiques publiques des États hôtes des investissements[440], il est peu de notions plus floues et plus fluctuantes que celles de l'ordre public et de la moralité publique. Il souvent malaisé de discerner, à travers la pratique et la variété des formules employées, ce qui en relève réellement. Cette difficulté évidente n'a cependant pas déteint sur la conviction des rédacteurs des textes régionaux africains d'investissement sur la nécessité d'y consigner leur autonomie réglementaire sur les questions de moralité **(2)** et d'ordre publics **(1).**

### *1. Les mesures tenant à l'ordre public*

L'ordre public figure parmi les objectifs légitimes de bien être public les plus poursuivis par les État d'accueil, quoiqu'il ne soit pas généralisé dans les instruments juridiques d'investissement[441]. Depuis le début du troisième millénaire, il tient une place éminente dans de nombreux accords internationaux d'investissement qui l'appréhendent comme une exception de sécurité. Il s'agit d'un objectif fortement ancré dans les traités d'investissement signés par l'Allemagne, l'Union belgo-luxembourgeoise, la Turquie, le Pérou et l'Argentine[442].

Cette exception y est formulée très clairement, comme on peut le remarquer, dans le TBI de 2005 entre l'Union économique Belgo-luxembourgeoise et le Guatemala. Ce traité énonce que *« [s]ous réserve des mesures nécessaires au* ***maintien de l'ordre public***, *ces investissements jouiront d'une sécurité et d'une protection constante, excluant toute mesure injustifiée ou discriminatoire qui pourrait entraver, en droit ou en fait, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la liquidation desdits investissements »*[443].

Dans les nouveaux accords régionaux africains, la notion d'ordre public n'apparaît pas avec la même intensité. Alors qu'elle s'observe explicitement dans le nouvel instrument juridique d'investissement de la CEDEAO, elle n'a pas reçu une élaboration précise dans les

---

**440** DESIERTO (D. A.), « Public Policy in International Investment and Trade Law : Community Expectations and Functional Decision-making », *Florida Journal of International Law*, vol. 26, 2014, pp. 52-133.

**441** Sur l'ordre public en droit des investissements, voir KIM (J. A.), *A Standard Public Order Carve-out as a Means for Balancing Regulatory Interests in International Investment Agreements,* PhD dissertation*,* Seoul School of Law, 2017, 354 p., voir aussi PRODROMOU (Z.), *Public Order Exception in International Trade, Investment, Human Rights and Commercial Disputes*, Kluwer Law International, 2020, pp. 49-79.

**442**BURKE-WHITE (W. W.), VON STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times: the Interpretation and Application of Non-Precluded Provisions in Bilateral Investment Treaties », *op. cit.* pp. 357-358.

**443** Article 3 § 1 du TBI entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Guatemala.

autres textes étudiés. À son article 9 § 1 (a), l'ECOWIC permet aux États d'accueil de contourner - *bona fide* toutefois - la clause de la nation la plus favorisée pour motif de maintien de l'ordre public[444]. Les modèles de traité d'investissement de la SADC et de la CAE, ainsi que l'Accord révisé du COMESA, eux, se refusent d'exclure les mesures étatiques visant des objectifs de *« safety »*[445]. L'on pourrait se demander si le terme *« safety »* introduit dans ces textes a la même portée que celui d'*« ordre public ».*

À tout le moins, il n'est pas exact de conclure à une négligence totale du maintien de l'ordre public, pas plus qu'il n'est prudent d'établir une équivalence entre « sûreté » et « ordre public ». L'imbrication de ces termes et les difficultés de différenciation qu'ils entraînent sont de nature à conduire les tribunaux arbitraux dans des interprétations très aventureuses. Ce qui porte à affirmer que les rédacteurs des modèles de traité de la SADC et de la CAE, ainsi que de l'Accord révisé du COMESA ont manqué l'occasion d'une saine remise en ordre de ces textes.

Ce regret peut être justifié par le fait que la grande majorité des nouveaux traités d'investissement préfèrent utiliser la notion d'ordre public[446], en raison de la flexibilité normative qu'elle offre. Bien plus, dans la jurisprudence arbitrale, on note un traitement plus dense des mesures liées à l'ordre public que celles concernant strictement la sûreté. Le souci de permettre aux arbitres de s'appuyer sur les précédents pour des sentences plus équitables exigeait l'introduction des exceptions conventionnelles liées à l'ordre public dans ces textes régionaux comme l'a fait l'ECOWIC. Le vocabulaire varié peut se révéler désavantageux pour ces CER.

Il est impérieux de signaler, à ce stade, que la référence à l'ordre public existait déjà dans le système juridique de l'OMC avant de prendre forme en droit international des investissements. L'article XIV (a) de l'AGCS autorisait les États membres de l'OMC à prendre les mesures « *nécessaires […] au maintien de l'ordre public »*[447]. Le commentaire explicatif de cette disposition de l'AGCS a trouvé un écho favorable dans les traités d'investissement ultérieurs pour fournir des détails intéressants sur la notion d'« ordre

[444] L'ECOWIC n'interdit à aucun État membre d'adopter ou de mettre en œuvre des mesures *« nécessaires […] au maintien de l'ordre public ».*
[445] Cf. Article 25§ 1 (a) du Modèle de TBI de la SADC, article 18 § 1 (a) du Modèle de traité de la CAE, Article 22 § 1 (a) de l'Accord révisé du COMESA.
[446] Lire, entre autres, l'article 23 § 1 (a) du TBI de 2020 entre le Brésil et le l'Inde, l'article 4 § 6 (a) de l'*Investment Protection Agreement* de 2019 entre l'UE et le Vietnam, l'article 18 § 1 (b) du BIT de 2018 entre les Émirats Arabes-Unis et l'Uruguay.
[447] Article XIV (a) de l'Accord Général sur le Commerce des Services.

public »[448]. Des plus anciens, il faut mentionner le TBI République de Corée - Japon de 2002 qui énonce que *« les exceptions au titre de l'ordre public ne peuvent être invoquées que lorsqu'il existe une menace véritable et suffisamment grave visant l'un des intérêts fondamentaux de la société »*[449]. Un seuil de gravité de la menace aux intérêts fondamentaux de la société est alors requis pour justifier la licéité d'une mesure d'ordre public. Quoi qu'il en soit, l'équation de l'identification des intérêts fondamentaux de la société formant l'ordre public n'est pas simple à résoudre.

La tâche de déceler l'existence de l'ordre public est ardue, car, tel que souligné plus haut, le concept est très fluide. La difficulté réside également dans sa polyvalence, son caractère à la fois interdisciplinaire et protéiforme, reconnaît Luis López Zamora[450]. Ce concept, solidement enraciné dans le droit interne, recouvre des situations et des réalités divergentes et fluctue en fonction des systèmes et des traditions juridiques[451]. L'ordre public est appréhendé différemment selon qu'on se situe dans la tradition juridique romano-germanique[452] ou dans le système de *Common law*[453]. De profonds malentendus intervenus dans l'arbitrage d'investissement ont été provoqués par ces différences conceptuelles, comme on a pu le voir dans l'Affaire *Enron* porté devant le CIRDI où les demandeurs, de tradition juridique anglosaxonne, ne se sont pas accordés sur la notion de *« órden público* » défendue par l'Argentine[454].

---

**448** On pouvait lire dans de commentaire explicatif de l'article XIV (a) de l'AGCS que *« the public order exception may be invoked only when a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of the society ».* voir GATS, April 15, 1994, Marrakech Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1 B, WTO, *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations : The Legal Texts*, ILM, 1994, Article XIV (a).

**449** Article 16 § 1 (d) du TBI entre la République de Corée et le Japon.

**450** LÓPEZ ZAMORA (L. A.), « Comentarios sobre el órden público internacional en su sede arbitral internacional, su functionalidad y su interrelación con el derecho internacional público », *Cuadernos de Derecho Transnacional,* vol. 10, N° 2, Octubre 2018, pp. 517-518.

**451** Voir BURKE-WHITE (W. W.), VON STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times : the Interpretation and Application of Non-Precluded Provisions in Bilateral Investment Treaties », *op. cit*., p. 357.

**452** Dans la tradition juridique romano-germanique, la notion d'ordre public est très large. Elle couvre *« l'ensemble des principes qui gouvernent l'ordre juridique général d'un État démocratique, principes qui peuvent être classés en deux catégories : principes fondamentaux de cet État […] qui tendent à la protection des droits et des libertés fondamentales des individus […] et les autres principes essentiels qui tendent à la protection de l'intérêt général, réalisé dans l'ordre public juridique, économique et social de l'État, auquel il ne peut être porté atteinte par les particuliers ».* Voir ROMAIN (J. F.), L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme dans l'ordre juridique : concept et application, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 59, cité par NZOHABONAYO (A.), *Intérêt général des pays en développement à la lumière de leur engagement dans les traités bilatéraux d'investissement,* Thèse de doctorat en Droit, Université d'Ottawa, 2014, p. 233.

**453** Dans la tradition juridique anglosaxonne, la question de l'ordre public est soulevée principalement dans le contexte des émeutes et des mouvements de contestations dans les rues ou relativement à l'application du droit pénal. *Idem.*

**454** CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets*, *LP* c. *Argentine*, Affaire n° ARB/01/3, 30 juillet 2010.

Bien que l'approche interniste de l'ordre public soit la préoccupation principale des CER africaines inscrites dans les dispositions exonératoires de leurs récents accords d'investissement, certains auteurs ont tenté de cerner « l'internationalité » de cette notion. Sébastien Manciaux appréhende le concept comme des principes, écrits ou non, considérés comme fondamentaux dans un ordre juridique donné, à un moment donné, et dont le respect est impératif[455]. Le professeur Pierre Lalive, dans sa tentative de définir l'ordre public dans le contexte de l'arbitrage international, a raisonnablement trouvé qu'*« il s'agit d'un thème « transfrontières » dans tous les sens du mot, puisqu'il se situe à cheval sur le droit international privé et le droit international public et met en cause les rapports, en pleine évolution, du droit des gens et du droit interne dans le domaine des relations économiques internationales »*[456]. La moralité publique, notion voisine de l'ordre public, n'est pas moins fuyante. Tous les accords régionaux africains d'investissement étudiés l'ont cependant bien intégrée.

## *2. Les mesures touchant à la moralité publique*

La notion de « moralité publique » cohabite et entretient des relations étroites avec celle d'« ordre public ». Elle se retrouve dans de nombreuses conventions d'investissement. Parmi les plus récentes, l'on pourra énumérer, entres autres, le TBI de 2020 entre le Brésil et l'Inde, l'Accord sur le Commerce des Services et l'Investissement signé en 2019 entre l'Arménie et Singapour, l'Accord de promotion de l'investissent conclu entre l'UE et le Vietnam, le TBI de 2018 entre l'Uruguay et les Emirats Arabes Unis, etc[457].

Les exemples qui précèdent donnent l'impression que la clause de moralité publique est précieuse pour la majorité des États, mais plus particulièrement, aux yeux de ceux situés dans l'hémisphère Sud. Cette impression peut même se muer en une certitude pour une bonne raison : il y a plus d'une trentaine d'années, l'Égypte a conclu un TBI avec les États-Unis, lequel percevait systématiquement la moralité publique comme un *« permissive*

---

**455** Selon Sébastien Manciaux, le concept d'ordre public international *« designa los principios, escritos o no, que se consideran como fundamentales en un orden jurídico dado, en un momento dado y cuyo respeto es, a ese título, imperativo »*. MANCIAUX (S.), « El orden público internacional y el arbitraje de inversión », *in* LOQUIN (E.), MANCIAUX (S.), (dir.), *El orden público y el arbitraje*, Editorial Universidad del Rosario, 2016, p. 37.

**456** LALIVE (P.), « Ordre public transnational (ou réellement international) dans l'arbitrage international », *Revue de l'Arbitrage*, vol. 1986, Issue 3, p. 360.

**457**Cf. Article 23 § 1 (a) du BIT de 2020 entre le Brésil et l'Inde, Article 3 § 26 (a) de l'Accord sur le Commerce des Services et l'Investissement signé en 2019 entre l'Arménie et Singapour en son l'Accord de promotion de l'investissent conclu entre l'UE et le Vietnam.

*objective »*[458] pouvant donner droit à une exception de sécurité. Il est prévu que ce traité *« n'empêche pas l'application par l'une ou l'autre des Parties ou par une subdivision quelconque des Parties, de l'une et de la totalité des mesures nécessaires pour le maintien de l'ordre public et de la moralité publique »*[459].

De ce point de vue, il n'est nullement étonnant que tous les accords régionaux africains d'investissement aient fait référence à la moralité publique. Les modèles de TBI de la SADC et de la CAE, dans un vocabulaire quasiment identique, offre la possibilité aux parties de recourir à des mesures dont la finalité est de *« protect **public morals** »*[460]. De même, l'Accord révisé du COMESA et l'ECOWIC leur garantissent le droit de réglementation dans cette matière[461]. Cette tendance s'explique, semble-t-il, par une volonté des États de rester attachés aux principes moraux et éthiques imprégnant les traditions africaines.

La moralité publique, à l'instar de l'ordre public, est un concept dont l'interprétation vacille. Elle est hautement relationnelle et se caractérise par un relativisme consubstantiel. Jeremy Maxwell faisait observer que *« what one society defines as public morals may have little relevance for another »*[462]. La CNUCED a développé la même ligne de pensée en ces termes : *« La définition de ce qui constitue une atteinte à la moralité publique dépend, dans une large mesure, des traditions culturelles et de la religion, qui peuvent présenter des différences considérables entre les pays et les régions. Les parties contractantes à un accord international d'investissement (AII) peuvent avoir donc des opinions divergentes quand il s'agit d'évaluer s'il y a une menace à la moralité publique »*[463].

En tant que concept juridique, la moralité publique a vocation à réguler la conduite des membres d'une communauté donnée sur la base de ce que cette dernière considère comme moralement prohibée ou répréhensible[464]. Il est concevable que certaines communautés politiques ou sociales partagent quelques valeurs et traditions, et qu'elles aient ainsi une

---

**458** Ce TBI entre l'Égypte et les États-Unis a été signé plus précisément en 1986.

**459** Article X du TBI de 1986 entre l'Égypte et les États-Unis.

**460** Voir article 25 § 1 (a) du Modèle de TBI de la SADC et l'article 18 § 1 (a) du Modèle de traité de la CAE.

**461** Conformément à l'article 9 § 1 (a) de l'ECOWIC, les États parties peuvent adopter des mesures *« nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public* ». L'article 22 § 1 (a) prévoit cette faculté en vue de la protection de la *« national security and public morals ».*

**462** MARWELL (J. C.), « Trade and Morality : The WTO and Public Morals Exception After Gambling », *New York University Law Review*, 2006, p. 805 et 815, cité par BURKE-WHITE (W. W.), VON STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times : the Interpretation and Application of Non-Precluded Provisions in Bilateral Investment Treaties », *op. cit.,* p. 365.

**463** CNUCED, *La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissement, op. cit.,* p. 84.

**464** BURKE-WHITE (W. W.), VON STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times : the Interpretation and Application of Non-Precluded Provisions in Bilateral Investment Treaties », *op. cit*., p. 365

compréhension relativement convergente de la moralité publique. Toutefois, il n'est pas à écarter que l'homogénéité des valeurs traditionnelles et culturelles dans ces mêmes communautés est impensable. Illustrons : la CEDEAO, organisation régionale d'Afrique de l'Ouest, est composée d'États francophones, anglophones et lusophones. Ne serait-il pas illusoire d'imaginer que ces États, parce que formant une seule et même communauté, prescrivent des valeurs morales uniformes ? Une réponse affirmative s'impose naturellement. L'on pourrait estimer qu'il existe des valeurs analogues, mais ne saurait jamais dire qu'elles sont identiques.

Même au sein l'UE, considérée comme une communauté largement homogène, des divisions significatives ont surgi. Tant la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH) que la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) ont été amenées à trancher des litiges relatifs à la moralité publique. À ce sujet, la première a rendu une décision édifiante dans l'Affaire *Handyside*. Elle avait jugé qu'« *il n'est pas possible de trouver dans le droit interne des différents États contractants une conception européenne uniforme de la morale. La conception que les législations respectives se font des exigences de la morale varie selon les époques et les lieux [...] Les autorités étatiques sont en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu exact de ces exigences ainsi que sur la "nécessité" de la "restriction" qui leur est apportée* »[465]. La seconde a adopté le même raisonnement, en insistant sur la prérogative de chaque État membre de donner sa propre interprétation de ce qu'il entend être une exception ou une nécessité de moralité publique[466].

En outre, dans la célèbre affaire *Internet Gambling* portée devant l'OMC par les États-Unis, le Panel a admis que la moralité publique ne saurait être comprise de manière linéaire, en ce sens qu'elle découle de plusieurs traditions philosophiques, sociales et religieuses d'un peuple[467]. Cela étant, il va de soi que les variations matérielles, spatiales et temporelles des valeurs qui forment cette notion sont susceptibles d'en faire une source d'incompréhensions entre les parties devant les tribunaux arbitraux. Une formulation claire et précise de cette

---

**465** Traduction personnelle. Dans cette affaire, qui se rapportait à une autorisation de restriction de la liberté d'expression pour des raisons de moralité publique, il a été décidé que « *it is not possible to find in domestic law of various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by respective laws of the requirements of morals vary from time to time and from place to place […] State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the « necessity » of the « restriction » intended to them ».* Voir Cour EDH, Affaire *Handyside c. Royaume-Uni,* Requête N° 5493/72, Arrêt du 7 décembre 1976.

**466** Voir CJCE, *Affaire Conegate Ltd c. HM Custom & Excise*, 121/85, 11 mars 1986.

**467** Voir United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply Glambling and Betting Services, WT/DS285/R, *Report of the Panel*, November 10, 2004, 287 p., disponible sur https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/285r_e.pdf, consulté le 11 avril 2020.

clause serait requise aux États qui voudraient l'invoquer pour être exonérés de leur responsabilité conventionnelle. Les accords régionaux africains d'investissement devraient contenir des annexes interprétatives de toutes les mesures de politiques publiques, y compris celles relatives à la santé et à l'environnement.

## § 2. LA LÉGITIMITÉ DES MESURES SANITAIRES ET ENVIRONNEMENTALES

Les accords régionaux africains ne privent pas les États d'accueil du droit de prendre des mesures d'une certaine importance ou urgence. Ces mesures paraissent parfois inéluctables, mêmes si elles doivent porter atteinte aux biens des investisseurs étrangers. S'il est des mesures qui revêtent ce caractère, c'est sans doute celles qui s'imposent aux gouvernants en vue de préserver la vie humaine, végétale et animale saine et sauve, malgré les activités d'investissement qui ont lieu sur leur territoire. Il s'agit évidemment des mesures environnementales **(B)** et de celles qui visent à protéger la santé publique **(A).**

### A. L'incorporation des mesures de santé publique

*« Salus populi suprema lex est »*[468]. Cette maxime cicéronienne renseigne admirablement sur le caractère indispensable des mesures étatiques relatives à la santé publique. Elle signifie que lorsque la santé des populations est en jeu, toutes les autres réglementations en vigueur sur le territoire d'un État restent sans enjeu majeur. La santé publique est l'une des plus grandes préoccupations de tous les États africains. De ce fait, dans leurs nouveaux accords régionaux, l'accent a été très crûment mis sur leur liberté normative en la matière **(1).** De plus, les conséquences ravageuses de la crise sanitaire mondiale due à la COVID-19 en a fait une problématique d'un intérêt renouvelé **(2).**

#### *1. Des mesures aux conséquences salutaires*

Dans le contexte de la SADC, du COMESA et de la CAE, l'aspiration des États membres à exercer pleinement leurs « pouvoirs de police » en matière de santé publique est apparue de manière éclatante. La problématique de la santé publique a été prise à bras-le-corps dans leurs instruments juridiques relatifs aux investissements. En témoignent l'article 6 § 7 de la *SADC Model TBI* et l'article 7 § 7 du Modèle de traité d'investissement de la CAE qui prévoient que *« a non-discriminatory measure of a State Party that is designed and applied to protect or enhance legitimate public welfare objectives such as* ***public health*** *[…], shall not constitute an indirect expropriation […] ».*

[468] CICERON, *De legibus*, III, 3, 8.

Des dispositions analogues sont lisibles à l'article 20 § 8 de l'Accord révisé du COMESA, à la différence que ce texte dépasse la stricte limite des mesures étatiques en envisageant la faculté de prendre en compte les décisions des organes judiciaires des États membres. L'article 20 § 8 de cet accord dispose que *« [b]ona fide regulatory measures taken by a Member State or* ***awards by judicial bodies of a Member State*** *that are designed and applied to protect or enhance legitimate public welfare objectives such as* ***public health*** *[…], shall not constitute an expropriation or measures tantamount to expropriation under this Article »*[469]. Cette approche est tout sauf anodine. Elle s'apparente à un élargissement malicieux du pouvoir réglementaire des États d'accueil. De surcroît, les accords régionaux susmentionnés considèrent, en des termes clairs, que les mesures destinées à la protection de la vie et de la santé humaine constituent des dérogations aux engagements conventionnels pris par les États d'accueil en matière d'investissement[470].

Les rédacteurs de l'ECOWIC se sont également montrés entreprenants sur la question de la santé publique. Ceux-ci ont énoncé que les mesures de santé publique adoptées de bonne foi doivent être considérées comme des exceptions aux standards de non-discrimination, notamment le traitement national et la clause de la nation la plus favorisée[471]. À juste titre, ils ont fait prévaloir la santé de l'homme et celle de son environnement - notamment les végétaux et les animaux - sur la protection des investisseurs et de leurs investissements. Mais encore faut-il que les mesures étatiques prises à ce titre soient justifiées ! *« Toutes les exceptions de santé exigent que les mesures de protection étatiques soient strictement adaptées à cet objectif, reconnu comme légitime […] De plus, l'adéquation du moyen de nécessité à l'objectif implique la vérification de la bonne foi de l'État, ce qui exclut la justification de mesures qui poursuivraient en réalité un objectif différent de celui affiché »*[472], écrit Sarah Cassella.

Toutes ces évolutions normatives constatées au sein des CER africaines sont opportunes, car il est bien connu que les accords d'investissement pourraient limiter excessivement la souveraineté des États hôtes, réduire leurs pouvoirs réglementaires et finir par saper leur

[469] Article 20 § 8 de l'Accord révisé du COMESA.
[470] Cf. Article 25 § 1 (b) du Modèle de TBI de la SADC, Article 18 § 1 (b) du Modèle de traité d'investissement de la CAE, Article 22 § 1 (b) de la CAE.
[471] Cf. Article 7 § 2 et Article 9 § 1 (a) de l'ECOWIC.
[472] CASSELLA (S.), « Les limites des arguments de nécessité sanitaire des États comme exception à leurs obligations économiques internationales », *Journal du Droit International*, Vol. 2, 2022, p. 473.

capacité à développer des politiques efficaces [473] . On imagine mal les États membres des CER africaines amoindrir leur propre liberté normative dans le sensible et vital secteur de la santé publique. Valentina Vadi a fait une observation d'une objectivité imparable. Pour elle, *« States cannot garantee good health, but they have the obligation both to protect and possibly enhance public health »*[474]. La santé publique soulève d'ailleurs moins d'ambigüités d'interprétation que les autres mesures de politiques publiques.

La célèbre et médiatisée *Affaire Philip Morris c. Uruguay*[475] a permis de mesurer l'importance, voire le caractère indispensable de « l'obligation » pour les États de se réserver une parcelle de pouvoir en vue de l'adoption des mesures de santé publique[476]. En l'espèce, l'État uruguayen, partie à la Convention-cadre de l'OMS sur la lutte anti-tabac (CCLAT), a promulgué une série de mesures nationales afin de lutter contre les effets néfastes du tabagisme sur la santé publique de ses populations. Ces mesures[477] seront, plus tard, attaquées par le géant du tabac *Philip Morris* devant les tribunaux uruguayens. Par-dessus tout, cette société va déposer une requête devant le CIRDI, arguant que l'État uruguayen avait indirectement exproprié son investissement et l'avait privé d'un traitement juste et équitable, en violation du TBI entre la Suisse et l'Uruguay. Toutefois, ces véhémentes contestations ne parvinrent pas à faire désavouer les mesures prises par la République orientale de l'Uruguay. Le tribunal arbitral du CIRDI rejeta tous les recours de la société *Philip Morris* au motif que l'État uruguayen avait le droit de concevoir et d'appliquer des mesures qui répondent à ses objectifs légitimes de santé publique et qu'il avait respecté ses engagements conventionnels nationaux et internationaux[478].

---

[473] Gazzini et Denters indiquaient que *« Investment agreements could unduly limit the sovereignty of host States, curtail their regulatory powers and ultimately undermine their capacity to develop efficient policies »,* DENTERS (E.), GAZZINI (T.), « The Role of African regional Organizations in the Promotion and Protection of Foreign Investment », *op. cit.,* p. 481.

[474] VADI (V.), *Public Health in International Investment Law and Arbitration,* Routledge, 2012, p. 29.

[475] *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris S.A. Products et Habal Hermanos S. A. c. République orientale de l'Uruguay,* Affaire CIRDI n° ARB/10/7, 8 juillet 2016, disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf, consulté le 23 juin 2020.

[476] Voir VOON (T.), « *Philip Morris v. Uruguay* : Implications for Public Health », *The Journal of World Investment and Trade,* vol. 18, Issue 2, 2017, pp. 320-331.

[477] La première mesure contestée est l'ordonnance 514 du 8 août 2008 portant Réglementation relative à l'emballage unique qui imposait l'apposition graphique et textuels sur la partie inférieure des paquets de cigarettes et interdisait l'utilisation des noms de produits. La seconde était le décret présidentiel 287/009 du 15 juin 2009 (Réglementation 80/80). Voir BRAUCH (M. D.), « Philip Morris c. l'Uruguay : tous les recours sont rejetés ; l'Uruguay recevra 7 millions de dollars USD en remboursement », *IISD, Investment Treaties News,* 10 août 2016, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2016/08/10/philip-morris-brands-sarl-philip-morris-products-s-a-and-abal-hermanos-s-a-v-oriental-republic-of-uruguay-icsid-case-no-arb-10-7/, consulté le 12 mai 2020.

[478] *Idem.*

Si l'Uruguay a pu tirer son épingle du jeu grâce à la vigilance des tribunaux arbitraux, le Togo, à l'opposé, a cédé à la menace d'arbitrage international proférée par ce même investisseur. En 2010, alors que l'État togolais s'apprêtait à adopter une mesure imposant le paquet de cigarettes neutre (sans logos, mais avec des indications explicites contre le tabagisme), le puissant cigarettier *Philip Morris* a fait annuler ces dispositions. Dans une lettre au *« contenu très arrogant »*[479], cet investisseur étranger a menacé le gouvernement togolais d'exiger des dommages-intérêts considérables, en cas d'adoption de cette mesure qui n'a autre visée que de protéger la santé publique.

Redoutant des poursuites devant les instances arbitrales internationales aux procédures onéreuses, et sans garantie d'en sortir triomphant, le Togo a dû faire un rétropédalage au détriment de la santé de ses populations. Or, l'accord bilatéral Togo – Suisse[480] sur lequel la multinationale *Philip Morris* fondait ses avertissements ne prévoyait même pas un recours à l'arbitrage investisseur – État en cas de survenance d'un différend[481]. Il n'est pas exagéré de conclure que le Togo a été victime d'un *« chilling effect »* de cet accord et, par ricochet, d'une atteinte à sa souveraineté, du fait de sa connaissance limitée des engagements pris en matière d'investissement.

La sentence arbitrale ayant heureusement réaffirmé le droit de réglementation de l'Uruguay et la dissuasion tristement subie par le Togo, sont venues prouver le bien-fondé de l'approche des nouveaux instruments régionaux africains d'investissement. Plutôt que de continuer à appliquer les dispositions désavantageuses contenues dans les accords traditionnels d'investissement, il a semblé que le moment était venu d'élaborer des textes modernes en vue d'y intégrer des clauses qui facilitent la préservation et la protection de la

---

**479** Ainsi Kodjo F. EBEH, Directeur exécutif de l'Alliance Nationale des Consommateurs et de l'Environnement (ANCE), a-t-il qualifié le courrier adressé par le cigarettier Philip Morris au gouvernement togolais. Il est utile de préciser que M. EBEH s'est vu décerné, en 2011, par l'OMS, un prix honorifique pour *« sa contribution exceptionnelle dans la lutte anti-tabac ».* Voir OMS, *Certificat de lutte anti-tabac 2011 décerné à un togolais : M. Ebeh Kodjo,* disponible sur https://www.afro.who.int/fr/news/certificat-de-lutte-antitabac-2011-de-loms-decerne-un-togolais-mr-ebeh-kodjo, consulté le 12 mai 2020.

**480** Il s'agit d'un vieil accord conclu entre le Togo et la Suisse au lendemain des indépendance, plus exactement, le 17 janvier 1964, et entré en vigueur le 9 août 1996. Voir CNUCED, *Accord de commerce, de promotion des investissements et de coopération technique entre la Confédération suisse et la république togolaise,* 1964, disponible sur https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2318/download, consulté le 12 mai 2020.

**481** FRANCE 2, « Quand Philip Morris empêche le Togo de lutter contre le tabagisme », 17 novembre 2017, extrait de ENVOYE SPECIAL, *Multinationale contre État : la loi du plus fort, 16 novembre 2017*, disponible sur https://www.francetvinfo.fr/replay-magazine/france-2/envoye-special/video-quand-philip-morris-empeche-le-togo-de-lutter-contre-le-tabagisme_2471586.html, consulté le 12 mai 2020. Lire aussi ZANARDI (Ch.), « Philip Morris contre l'Afrique : le pot de terre contre le pot de fer ? », Agence Ecofin, 18 février 2015, disponible sur https://www.agenceecofin.com/ecofinblog/entry/20150218/philip-morris-et-l-afrique-le-pot-de-terre-contre-le-pot-de-fer, consulté le 12 mai 2020.

santé des citoyens. L'irruption de la pandémie de Covid-19 a démontré l'intérêt de ces dispositions.

### *2. Des mesures à intérêt renouvelé*

Selon une étude de la CNUCED, jusqu'en 2021, au minimum 33 affaires ayant donné lieu à des règlements de différends entre investisseurs et États, touchent à la santé publique. Les investisseurs, souvent demandeurs devant les tribunaux arbitraux, évoquent fréquemment, au soutien de leurs arguments, la violation du traitement juste et équitable et l'expropriation indirecte[482]. Ces affaires impliquent aussi bien les pays développés que les pays en développement, et se rapportent à des questions diversifiées, mettant en cause les mesures de protection de la santé publique[483].

La crise sanitaire de la Covid-19 a, sans doute, provoqué un grand nombre de litiges mettant aux prises les investisseurs et les États d'accueil, comme c'était le cas au lendemain de la crise économique de l'Argentine, des événements du printemps arabe, ou encore après le feuilleton de l'énergie solaire ayant impliqué l'Espagne[484]. De fait, cette pandémie a plongé le monde dans une crise massive en charriant tout un cortège de malheurs sur le plan sanitaire et économique.

Il est évident que les économies africaines, encore titubantes et toujours en quête de repères, seront les plus affectées[485]. Faisant suite aux recommandations de l'OMS de *« prendre d'urgence des mesures agressives »* contre cette pandémie[486], les gouvernants se sont engagés à la juguler ou, du moins, à limiter la propagation du virus par le truchement

---

**482** Voir UNCTAD, *International Investment Policies and Public Health*, IIA Issue Note, 2021, p. 5, disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d5_en.pdf, consulté le 15 septembre 2021.

**483** L'Affaire *Biwater c. Tanzanie*, par exemple, portait sur les investissements dans les infrastructures publiques, en l'occurrence, l'approvisionnement en eau potable et l'assainissement. Dans cette affaire, le gouvernement tanzanien arguait que la saisine d'avoirs et la reprise de l'entreprise étaient des mesures nécessaires pour protéger la santé publique et le bien-être des citoyens. Voir CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. République unie de Tanzanie,* Affaire ARB n° 05/22, 24 juillet 2008. Certaines affaires ont trait aux investissements dans les services, aux produits et à la propriété intellectuelle mettant en jeu la santé publique. Voir en ce sens l'Affaire *Achmea c. Slovaquie* rendue par la Cour de Justice de l'UE. Dans le secteur pharmaceutique, les affaires les plus emblématiques sont *Les Laboratoires Servier S.A.S. c. République de Pologne,* CPA*,* 14 février 2012*,* § 575, et plus tard, CNUDCI, *Eli Lilly & Company c. Canada,* n° UNCT/14/2, Chapitre 11 ALENA, Sentence finale, 16 mars 2017, § 386-387. D'autres affaires concernent le contrôle du tabac tel qu'on l'a vu avec l'affaire *Philip Morris c. Uruguay,* supra 237, p. 84.

**484** SORNARAJAH (M.), *International Law on Foreign Investment*, 5th edition, 2021, p. 596.

**485**Voir CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le Monde,* p. 9, https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_fr.pdf, consulté le 11 décembre 2020.

**486** OMS, « Allocution liminaire du Directeur général de l'OMS lors du point de presse sur la Covid-19 », 11 mars 2020, disponible sur https://www.who.int/fr/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020, consulté le 21 avril 2021.

de mesures d'urgence quelquefois draconiennes[487]. Les mesures prophylactiques, les contrôles aux points d'entrée d'un territoire, les quarantaines, les mesures d'isolement sont les méthodes traditionnelles usitées par les États pour lutter contre la propagation des épidémies.

Les bouleversements occasionnés par la Covid-19 a imposé l'adoption de mesures d'urgence dont l'ampleur est extraordinaire, et dont le pendant est l'invocation d'exceptions et de dérogations aux règles usuelles en droit international[488]. C'est raisonnablement que le professeur Hervé Ascencio écrit : *« Les mesures sanitaires d'urgence adoptées par les États pouvaient donc se réclamer d'une fonction classique de la puissance publique, découlant de la souveraineté en son sens matériel et dûment reconnue par le droit international général. Pour autant, quand une large partie du monde déroge brusquement et amplement aux règles ordinaires, en raison d'une pandémie nouvelle, en raison d'une durée imprévisible, le risque est de mettre durablement entre parenthèses les régimes juridiques internationaux en vigueur […] Appréhendé dans son ensemble, le tableau des mesures prises, recommandées ou déconseillées par les États et les organisations internationales pose question »*[489].

En matière d'investissement, bien que les mesures adoptées par les États d'accueil servent ostensiblement à préserver la santé des citoyens au milieu de la crise sanitaire déclenchée par la Covid-19, elles affectent indéniablement les intérêts privés des investisseurs. Ces derniers peuvent être touchés de manière disproportionnée par ces mesures. Lésés, ils seront enclins à intenter des poursuites dans le but les contester, en se fondant sur le défaut des États d'accueil de leur accorder la protection qui leur est due. On s'aperçoit, au regard de la crise sanitaire, que la santé publique et la protection des investissements interagissent et se heurtent[490]. Le risque de revendications arbitrales constitue, dès lors, une épée de Damoclès qui plane sur les États africains. Comment se prémunir contre ce risque de réclamations liées aux mesures d'urgence qu'ils auront prises dans le cadre de la lutte contre la Covid-19 ?

---

**487** Ces mesures sont, entre autres, le confinement, l'endiguement strict, couvre-feu, fermeture des services non essentiels, limitation des déplacements, annulation de vols, fermeture des aéroports.

**488** ASCENSIO (H.), « Introduction : Une année de droit international marquée par la crise sanitaire », *AFDI*, 2020, pp. 5.

**489** *Ibidem,* pp. 6-8.

**490** Voir SHEARGOLD (E.), MITCHELL (A. D.), « Public Health in International Investment Law and Arbitration », *in* CHAISSE (J.), CHOUKROUNE (L.), JUSOH (S.) (ed.), *Handbook on International Investment Law and Policy*, Springer, 2021, pp. 1851-1876.

Les réformes introduites par les CER africaines dans leurs nouveaux instruments d'investissement résolvent en partie ce problème. D'abord, la clarification et les limitations apportées aux standards de protection des investissements constituent un moyen de défense à l'usage des États d'accueil en cas de requêtes arbitrales relatives à la Covid-19. Les exceptions au traitement national et la clause de la nation la plus favorisée et, par-dessus tout, à l'expropriation indirecte, telles qu'énoncées dans les accords régionaux étudiés, sont des justificatifs admissibles en faveur des États d'accueil, car elles tiennent également aux mesures de santé publique.

Ensuite, la préservation du droit des États d'accueil de réglementer dans l'intérêt public est le meilleur moyen pour les États d'accueil de défendre leurs mesures de lutte contre la Covid-19, même si celles-ci se révèlent attentatoires aux intérêts privés des investisseurs. La nouvelle génération d'accords régionaux d'investissement a opté pour une flexibilisation des mesures qui forment l'intérêt public d'un État d'accueil. On l'a remarqué, les considérations extra-économiques, notamment celles qui visent à protéger la santé publique, ne font pas défaut dans les nouveaux accords régionaux africains d'investissement.

Les exceptions générales de politique publique recommandées par la CNUCED[491] incluent aussi les clauses de sécurité qui, dans le combat contre la pandémie de Covid-19, pourraient être utiles. Le professeur Sornarajah a justement démontré que *« national security now extends beyond military threats to their threats, such us health, threats to digital data and threats to vital interests […] »*[492]. Cet auteur a précisé que dans le contexte actuel, *« the Covid-19 has involved national security, in that large loss of life and economic decline has occured »*[493]. Comme élucidé précédemment, un tribunal arbitral avait déjà concédé que lorsqu'une économie nationale est éprouvée, la gravité du problème peut être considérée comme équivalente à une invasion militaire[494]. Cette élasticité des mesures de sécurité est

---

**491** UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015, pp. 75-83. https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2015d5_en.pdf, consulté le 25 mai 2020 ; Voir aussi UNCTAD, *Investment Policy Responses to the Covid-19 Pandemic,* Investment Policy Monitor, Special Issue, N°4, May 2020, 16 p, disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d3_en.pdf, consulté le 15 janvier 2021.

**492** SORNARAJAH (M.), *International Law on Foreign Investment, op. cit.,* p. 486.

**493** *Idem.*

**494** Voir Affaire *LG&E Energy Corporation c. Argentine,* CIRDI, ARB/02/1, 25 juillet 2007. Une décision similaire a été retenue par le Panel de l'OMC dans son rapport de l'affaire *Russia – Traffic in Transit.* Le Panel a conclu que les intérêts essentiels de sécurité relèvent aussi des fonctions fondamentales de l'État de protéger ses populations contre toutes sortes de menaces, voir *Russia –. Measures concerning Traffic in Transit,* Rapport du panel, WTO Doc. WT/DS512/R, 29 avril 2019, 137 p. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/512r_e.pdf, consulté le 13 avril 2021.

d'un grand secours pour les États membres des CER africaines contre les éventuels assauts des investisseurs, attaquant les moyens de lutte contre la Covid-19.

À l'évidence, la *SADC Model BIT*, l'Accord révisé du COMESA, le Modèle de traité d'investissement de la CAE et l'ECOWIC intègrent des dispositions bien adaptées à la situation engendrée par la Covid-19. Cependant, hormis ces moyens de défense strictement basés sur les instruments juridiques d'investissement, d'autres pistes tracées par le droit international coutumier s'ouvrent aux États d'accueil. La plus efficiente serait l'invocation de l'état de nécessité qui les exonérerait de leur responsabilité internationale[495]. La probabilité d'aboutissement de ce moyen de défense juridique étant, toutefois, faible devant les tribunaux arbitraux, tel que l'atteste l'affaire *Unión Fenosa Gas S.A. c. République arabe d'Égypte*[496], il est vivement conseillé aux États africains d'explorer toutes les options disponibles en droit international général. C'est ce que recommande la *« Déclaration ministérielle de l'Union africaine sur les risques de procédures de RDIE liées à la Covid-19* ». En vue de limiter les risques d'arbitrage, cet important document - premier du genre dans le monde - encourage les États africains à prendre les mesures suivantes : la suspension temporaire et mutuelle des mesures de RDIE dans les TBI, l'amendement, la renégociation ou l'extinction par consentement des conventions d'investissement etc[497].

---

**495** L'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait de l'État est prévu à l'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité de l4État pour fait internationalement illicite de 2001. D'autres causes d'exclusion peuvent être invoquées par les États d'accueil des investissements. Il s'agit, entre autres, de la force majeure (article 24) et de l'état de détresse (article 24). Pour approfondir les moyens de défense que fournit le droit international aux États d'accueil, Voir HAGEMANN (T.), « Corporate Wealth over Public Health ? Assessing the Resilience of Developing Countries' Responses against Covid-19 Investment Claims and Implications for Future Public Health Crises », *Pace International Law Review,* vol. 34, Issue 1, Fall 2021, 48 p.

**496** Le seuil est très élevé pour justifier la violation ou l'omission d'une obligation internationale par l'état de nécessité. Bien souvent, les tribunaux arbitraux sont enclins à rejeter les arguments fondés sur cette cause d'exclusion de responsabilité. L'exemple de l'affaire *Union Fenosa c. Egypte* est symptomatique de l'échec d'un État d'accueil a prouvé l'état de nécessité. En effet, l'argument d'« une menace au fonctionnement de base de la société et au maintien de la stabilité interne » n'a pas suffi au tribunal arbitral pour approuver la décision de l'État égyptien de suspendre la vente de gaz à une industrie détenue par les intérêts espagnols. L'Egypte sera condamné à verser la colossale somme de 2 milliards de dollars à l'investisseur (*Union Fenosa*), voir *Union Fenosa Gas S.A. c. République arabe d'Egypte*, Affaire CIRDI, ARB/14/4, 14 Février 2014 ; BERNASCONI-OSTERWALDER (N.) et al., « Se protéger contre les requêtes d'arbitrage investisseurs-États face à la crise du Covid-19 : un appel à l'action destiné aux gouvernements », *IISD,* Avril 2020, https://www.iisd.org/system/files/publications/investor-state-claims-covid-19-fr.pdf, consulté le 16 mars 2021.

**497** Voir MAINA (N.), NIKIEMA (S.), « La Déclaration ministérielle de l'Union africaine sur les risques de procédures de RDIE liées à la Covid-19 : ce qui en fait une initiative cruciale actuellement », *IISD,* 2 mars 2021, disponible sur https://www.iisd.org/fr/node/15531, consulté le 16 juin 2021. Pour une analyse des mesures recommandées aux États d'accueil, voir SORNARAJAH (M.), « The Covid-19 Pandemic and Liability under Investment Treaties », *Southviews*, N° 204, 11 August 2020, disponible sur https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2020/08/SouthViews-Sornarajah-1.pdf, consulté 09 juin 2021.

Conjointement prévues avec les mesures de protection de l'environnement, les clauses de santé publique occupent dorénavant une place centrale dans les accords régionaux africains d'investissement.

## B. L'insertion des clauses environnementales

« A priori, *écrit le professeur Mohamed M. Salah, rien ne porte le droit international économique à s'ouvrir aux enjeux environnementaux »*[498]. Et le professeur Abraham Yao Gadji d'ajouter que *« la course effrénée à une croissance économique toujours plus grande se faisait au sacrifice de la qualité de l'environnement et l'exposait à de graves risques »*[499]. Or, il ne saurait y avoir de développement économique durable si le couvert environnemental[500] n'est pas protégé. La protection de l'environnement est l'un des objectifs les plus légitimes que puisse poursuivre un État. C'est à ce dernier qu'incombe premièrement la responsabilité d'adopter des mesures de politique publique pour la réalisation de cet objectif. Dans cette optique, les CER africaines se sont employées à renforcer la marge de manœuvre politique de leurs États membres sur les questions qui s'y rapportent dans leurs nouveaux instruments d'investissement **(1).** La portée des mesures environnementales autorisées par les textes adoptés le montre clairement **(2).**

### *1. Des clauses indispensables*

Il existe une vive tension entre protection de l'environnement et protection de l'investissement ; tension souvent générée par les impacts négatifs que peuvent avoir des projets d'investissement sur l'environnement et le droit de l'État d'accueil de réglementer à cet effet[501]. Sur le fondement de l'ALENA, bien des différends d'investissement sont nés des mesures environnementales prises par les États d'accueil dans l'exercice de leur pouvoir

---

**498** SALAH (M. M.), « Le droit international économique est-il ouvert aux enjeux environnementaux ? », in *Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, Pour un droit économique de l'environnement,* Editions Frison-Roche, 2013, p. 363.

**499** GADJI (A. Y.), *Libéralisation du commerce international et protection de l'environnement*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Limoges, 2007, p. 24.

**500** La Cour permanente d'arbitrage a jugé, dans l'affaire *Rhin de fer,* qu'au sens large, l'environnement se réfère à l'eau, l'air, la terre, la faune la flore, les sites et les écosystèmes naturels, la santé humaine et le climat. *Chemin de fer dit Iron Rhine (Ijzeren Rijn) (Royaume de Belgique c. Royaume de Pays-Bas),* CPA, 24 mai 2005, Rapport des sentences arbitrales internationales, vol. XXVII, pp. 35-125, cité par BOISSON DE CHAZOURNES (B.), « Environmental Protection and Investment Arbitration : Yin and Yan ? », *Anuario Colombiano de Derecho internacional,* vol. 10, 2017, p. 2.

**501** Voir JOUBIN-BRET (A.), « Protecting the Environment and Protecting the Investor : Conflicting Objectives in the International Investment Agreements », *in* LEVASHOVA et al., (ed.), *Bridging the Gap between international Investment law and the Environment,* Eleven International Publishing, 2015, pp. 31-35.

normatif en vue de protéger la santé humaine, animale et végétale sur leur territoire[502]. Cela s'explique par le fait que, jusqu'à une période relativement récente, *« il est rare que les arbitres prennent l'initiative de créer des principes transnationaux de protection de l'environnement en cas de défaillance du droit étatique applicable »*[503]. Sabrina Robert-Cuendet relevait que *« rares sont les accords qui contiennent des dispositions relatives à la protection de l'environnement. En outre, même en présence de telles dispositions environnementales, l'accent est toujours mis sur les obligations de l'État à l'égard des investisseurs plutôt que sur ses prérogatives »*[504]. Les États africains se sont engagés à inverser cette tendance.

« Verdir »[505] les accords internationaux d'investissement pour les arrimer à leurs objectifs de développement des États membres a été l'une des préoccupations majeures des CER africaines dans la réforme de leurs instruments d'investissement. La *SADC Model BIT,* l'Accord révisé du COMESA et le Modèle de traité d'investissement de la CAE ont réaffirmé la possibilité des États d'accueil de développer des mesures dont le but est de protéger l'environnement. Ces mesures, justifiées par l'intérêt public, ne seront pas considérées comme une violation des obligations internationales des États d'assurer une protection aux investisseurs étrangers. Elles favorisent une croissance économique basée sur le vivant. Mieux, elles posent les *« jalons pour une économie verte »*[506] dans les États d'accueil.

D'abord, d'un point de vue substantiel, ces trois textes restreignent la notion d'expropriation indirecte en excluant les mesures non-discriminatoires adoptées de bonne foi et qui tendent à favoriser la concrétisation des politiques publiques de l'État d'accueil, notamment en matière d'investissement. L'article 7 § 7 du Modèle de traité d'investissement

---

**502** Les premières sentences rendues sont, entre autres, *Ethyl c. Canada, Metaclad c. Mexique, S. D. Myers c. Canada, Methanex c. USA.*

**503** LOQUIN (E.), « Le droit de l'environnement devant les tribunaux arbitraux internationaux », in *Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, Pour un droit économique de l'environnement,* Editions Frison-Roche, 2013, p. 302.

**504** ROBERT-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement. Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte,* Martinus Nijhoff, 2010, p. 33.

**505** Ce terme avait été utilisé par Sabrina Robert-Cuendet pour exprimer la prise en compte des questions environnementales dans les accords internationaux d'investissement. Voir ROBERT (S.), « La protection du pouvoir de réglementation environnementale de l'État dans le cadre du contentieux d'expropriation indirecte. Investissement international et protection de l'environnement », p. 14, disponible sur https://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/Robert.pdf, consulté le 15 avril 2020.

**506** La notion d'économie verte, au centre des discussions nationales et internationales, suppose un changement de paradigme de l'économie qui privilégie le respect de l'environnement, faisant de la nature un élément fondamental à préserver dans la quête du profit économique. Voir SIGNORILE (P.), « Propos introductifs : le regard d'une philosophe, la notion d'économie verte : Prolégomènes à une éthique de l'environnement », *in* DUPOUY (S.), (dir.), *Jalons pour une économie verte*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 21.

de la CAE dispose que *« a non-discriminatory measure of a State Party designed and applied to protect or enhance public welfare objectives such as public health, safety and* ***environment****, does not constitute an indirect expropriation under this Treaty »*. Tel est aussi l'esprit de l'article 20 § 8 de l'Accord révisé du COMESA et de l'article 6 § 7 de la *SADC Model BIT*[507].

Ensuite, les considérations environnementales peuvent accorder le droit aux États d'accueil de prendre des mesures exceptionnelles, celles qui sont susceptibles d'épargner ces États de l'application des standards de non-discrimination[508]. Selon Jorge Viñuales, la conséquence de ce type de dispositions rencontrées dans la nouvelle génération d'accords d'investissement est que *« the host State will not engage its liability, as there will be no breach of either the MFN [Most Favoured Nation] or the national treatment clause in the BIT »*[509]. Cette approche est celle retenue par les rédacteurs de l'ECOWIC.

L'article 7 § 2 de cet instrument envisage que *« toute mesure prise par un État membre, conçue ou appliquée en vue de protéger ou d'atteindre des objectifs légitimes de bien-être public comme la santé publique, la sécurité et* ***l'environnement****, ne constitue pas nécessairement une violation du principe de traitement national ».* Subséquemment, il est prévu des exceptions à la clause de la nation la plus favorisée : l'ECOWIC n'interdit à aucun État membre d'adopter ou de mettre en œuvre des mesures *« nécessaires à la protection de la vie ou de la santé humaine,* ***animale*** *ou* ***végétale*** *»*[510]. On sent bien que le nouveau Code a été étoffé dans le dessein de corriger le Protocole de 2008 portant sur les investissements qui, en réalité, a manqué de fermeté sur les considérations d'ordre social et environnemental[511].

Cet étoffement du tissu environnemental dans l'ECOWIC apparaît comme le produit d'une résurgence de la bonne volonté qui avait animé les rédacteurs du Protocole de la CEDEAO sur l'énergie en 2003. Ce Protocole, bien qu'étant un instrument relevant de l'ancienne génération d'accords internationaux d'investissement, renferme amplement le

---

**507** Article 6 § 7 de la *SADC Model BIT* et l'article 20 § 8 de l'Accord révisé du COMESA.

**508**Article 25 § 1 de la *SADC Model BIT,* article 18§ 1 du Modèle de traité de la CAE et l'article 22 § 1 de l'Accord révisé du COMESA.

**509** VIÑUALES (J. E.), *Foreign Investment and the Environment in International Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 334.

**510** Article 9 § 1 (b) de l'ECOWIC.

**511** L'article 20 du Protocole de 2008 portant sur les investissements incorpore l'environnement certes. Mais il n'est qu'une clause de non-abaissement des standards dont l'effet est très limité. Il se borne à l'idée que les États ne devraient pas encourager les investissements en choisissant d'être laxistes sur leurs mesures ou politiques de santé publique, de protection de l'environnement etc.

paramètre environnemental. La protection de l'environnement n'y fait pas pâle figure. Il ne s'agit pas d'un critère accessoire de ce document, mais un objectif à part entière[512]. Il contraint toutes les Parties contractantes à agir dans le respect de l'intérêt public en n'ignorant pas les considérations environnementales lors de la formulation et de la mise en œuvre de leur politique énergétique[513].

Si l'on convient qu'une conscience écologique tant élevée est dictée par l'objet même de ce texte, dont le socle est le développement et la souveraineté sur les ressources naturelles[514], on conviendra tout de même que cette conscience a été significativement émoussée dans l'Acte additionnel de 2008 portant sur les investissements. Voilà qui vient rehausser l'éclat des innovations apportées par l'ECOWIC. La portée des mesures environnementales souligne leur prépondérance dans tous les nouveaux textes régionaux.

## *2. Des clauses à portée variable*

Il est certain que la protection de l'environnement au moyen des pouvoirs de police des États d'accueil est saillante dans les récents accords régionaux africains d'investissement. Cependant, il se pose la question de savoir si les mesures conçues et/ou appliquées par ces États visent réellement cet objectif et si elles s'imposent à eux. Dans la pratique, il n'est pas exclu qu'un État d'accueil maquille des mesures protectionnistes de son économie en considérations environnementales. Cette interrogation légitime surgit évidemment dans l'ensemble des clauses impliquant une exception ou une dérogation. Mais elle est le plus souvent soulevée devant les tribunaux arbitraux concernant les mesures environnementales et sanitaires[515]. Il s'agit pour les arbitres d'établir si les dispositions y afférentes dans les

---

**512** Dans le préambule du Protocole, les Parties Contractantes disent comprendre que *« sauvegarder l'environnement est un élément essentiel à toutes les étapes du développement et du commerce dans le secteur de l'énergie ».* Dans le corps du texte, l'article 19 énonce ce qui suit : *« en poursuivant les objectifs de développement durable et en tenant compte des obligations qui lui incombent en vertu des accords internationaux concernant l'environnement auxquels elle est partie, chaque Partie Contractante s'efforce de réduire à un minimum, d'une manière économiquement efficace, tout impact nuisible à l'environnement ».*

**513** Cf. Article 19 (b) du Protocole de la CEDEAO sur l'énergie.

**514**Le Protocole de la CEDEAO s'est inspiré du Traité de la Charte de l'énergie qui a pour socle les principes du développement durable et de la souveraineté sur les ressources naturelles. Voir GAZZINI (T.), «Energy Charter Treaty: Achievements, Challenges and Perspectives », *in* DE BRANBADERE (E.), GAZZINI (T.), *Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests,* BRILL, 2014, p. 105.

**515** Ainsi que le démontre les affaires comme *S. D. Myers c. Canada*, ou plus récemment *Chemtura c. Canada et Perenco c. Equateur,* il existe un lien naturel entre l'environnement et la santé publique. L'atteinte à l'environnement affecte immédiatement la santé publique de la population. C'est ce qui justifie le fait que ces deux notions vont souvent de pair.

accords d'investissement ont un caractère *self-judging* ou non[516]. La réponse à cette question se trouve dans la formulation retenue par chaque accord d'investissement.

Il ressort de l'analyse de la *SADC Model BIT* et des nouveaux textes du COMESA, de la CAE et de la CEDEAO que les clauses environnementales prévues ne sont pas *self-judging*. Cela mérite une clarification : si une clause énonce la faculté de l'État d'accueil de prendre toutes les mesures qu'il *« juge nécessaires »* à la réalisation d'un objectif d'intérêt public, le caractère *self-judging* est expressément établi. En revanche, si la clause prévoit simplement que l'État d'accueil est habilité à prendre des mesures *« nécessaires »* à l'atteinte de ses objectifs, elle ne peut pas être considérée comme autonome. Dans le premier cas, toute mesure que l'État d'accueil estime adaptée, entre dans le champ d'application de l'exception. Dans le second cas, le point de vue de l'État ayant pris la mesure n'est pas considéré. L'appréciation du respect des conditions relèvera plutôt de la compétence du juge ou de l'arbitre.

Les termes retenus dans les accords régionaux africains ne laissent transparaître aucune marge d'appréciation au profit des États d'accueil concernant les clauses environnementales et sanitaires. Pour preuve, l'article 18 § 1 du Modèle de traité d'investissement de la CAE s'est contenté de prévoir qu'aucune disposition de l'Accord ne doit être interprété comme obligeant un État partie à verser une compensation pour avoir adopté ou appliqué des *« measures taken in good faith and designed and applied to « b) protect human, animal or plant life or health ; c) conserve living of non-living exhaustible natural resources and, d) protect the environment* »[517]. Il en va de même de l'article 25 § 1 de la *SADC Model BIT*[518]. Aussi, l'article 22 § 1 de l'Accord révisé du COMESA, en prévoyant que rien ne peut empêcher l'État d'accueil d'adopter ce type de mesures, n'autorise pas ce dernier à les jauger[519]. La formulation *« il s'agit des mesures nécessaires »* retenue à l'article 9 § 1 de

---

**516** On entend par « caractère self-judging » d'une disposition, la possibilité pour la partie qui l'invoque, d'établir lui-même les si conditions figurant dans la disposition sont remplies ou non. Voir DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op.cit*., pp. 452-453.

**517** Cf. Article 18 § 1 du modèle de traité de la CAE.

**518** Les dispositions de l'article 25 § 1 de la *SADC Model BIT* sont assimilables à celles de l'article 18§ 1 du modèle de traité d'investissement de la CAE. Elles sont pratiquement identiques dans leur formulation.

**519** L'article 22 § 1 de l'accord révisé du COMESA dispose : *« […] nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption and enforcement of any Member State of* ***measures applied and designed and applied*** *to protect or enhance legitimate welfare objectives such as : b) human, animal, plant life or health ; c) environment […] »*

l'ECOWIC pour énoncer ces *« non-precluded measures »*[520] dépouille également l'État d'accueil de tout pouvoir d'appréciation[521].

L'on pourrait s'étonner qu'un caractère *self-judging* n'ait pas été conféré aux clauses environnementales dans les accords régionaux africains, étant donné qu'il aurait pu permettre aux États d'accueil de disposer d'une marge de manœuvre confortable. Peut-être les rédacteurs de ces textes avaient-ils voulu se conformer à la pratique conventionnelle récente qui tend à rejeter ce caractère. Même s'il était prévu, les États n'en useraient pas de manière incontrôlée. Ils devraient agir de bonne foi, en vertu des principes fondamentaux du droit des traités découlant de la Convention de Vienne de 1969[522].

La déception que pouvait provoquer le défaut du caractère *self-judging* des clauses environnementales semble toutefois s'estomper lorsqu'on mesure la portée des exceptions de sécurité dans ces textes. En effet, les intérêts de sécurité nationale ont connu une telle extension qu'ils couvrent désormais les objectifs de protection de l'environnement. Il n'y a pas plus fiable que la CNUCED pour le confirmer. Cette organisation souligne que *« s'il est donc clair que la sécurité de la nation et de la population est au cœur de la disposition, on pourrait logiquement soutenir que la protection de la santé de la population ou la protection de l'environnement entre également dans son champ d'application* »[523].

Or, les clauses relatives aux intérêts de sécurité nationale contenues dans les accords régionaux susmentionnés sont bel et bien revêtues d'un caractère autonome. La *SADC Model BIT*, le Modèle de traité d'investissement et l'Accord révisé du COMESA prévoient que les obligations conventionnelles de protection des investissements ne s'appliquent pas aux mesures de l'État d'accueil *« that it considers necessary »* pour la réalisation de ses intérêts de sécurité nationale[524]. L'ECOWIC semble ériger une tour d'ivoire autour du

---

**520** C'est un terme fréquemment utilisé dans la doctrine anglosaxonne pour désigner les mesures de politique publique que les États d'accueil sont autorisés à adopter malgré l'obligation de protection des investissements sur leur territoire. Voir BURKE-WHITE (W.), VON STANDEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times : The Interpration and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral International Treaties, *op. cit*. p. 307-410 ; voir aussi McLAUGHLIN (M.), PATHIRANA (D. L.), « Non-precluded Measures Clauses : Regime, Trends and Practice », *Handbook of International Investment Law and Policy,* 2020, pp. 1-23.

**521** L'article 9 § 1 de l'ECOWIC énumère quelques *mesures nécessaires* à l'atteinte des objectifs d'intérêt public. Aux termes de ses dispositions, le Code *« n'interdit pas l'adoption ou la mise en œuvre des mesures liées à la protection de la vie ou de la santé humaine, animale et végétale […]. Il s'agit des* ***mesures nécessaires à****… ».*

**522** Voir DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit*., p. 453.

**523** CNUCED, *La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissement (AII), op. cit.* p. 7.

**524** Cf. Article 25 § 5 du SADC Model BIT, Article 18§ 7 du modèle de traité d'investissement de la CAE, Article 22 § 2 (b) de l'Accord révisé du COMESA.

pouvoir d'appréciation de l'État d'accueil en retenant un mot bien plus fort que « *nécessaires* ». Aux termes de son article 9 § 2 (b), un État membre peut prendre des mesures *« qu'il juge indispensable »* à la protection de ses intérêts essentiels de sécurité. Ces dispositions continuent par une énumération des mesures à considérer comme telles, puis en y joignant le groupe de mots *« sans toutefois s'y limiter »*[525] qui constitue d'office un élargissement de la plage des objectifs d'intérêt public et du pouvoir de l'État d'accueil au détriment des tribunaux arbitraux.

De ce qui précède, il est aisé de soutenir que quand bien même les clauses environnementales *stricto sensu* ne sont pas explicitement *self-judging* dans les accords régionaux africains d'investissement, elles finissent par recouvrer cette nature avec l'étirement des intérêts de sécurité nationale. Il s'agit d'une posture opportune, l'atteinte à l'environnement par les investisseurs étant récurrente en Afrique.

Retenons que les récents accords régionaux africains d'investissement sont bien imprégnés du droit de réglementer. Au surplus, certains incorporent des clauses de non-abaissement des standards dont l'objet est d'interdire à l'État de modifier ses propres mesures sociales ou environnementales afin d'attirer de nouveaux investisseurs. Ces clauses permettent d'éviter le « dumping réglementaire » qui pourrait tenter certains États[526]. La *SADC Model BIT,* le modèle de traité de la CAE et le PFI révisé les prévoient[527]. Mais l'ECOWIC semble plus rigide sur le sujet. Ce document rappelle aux États Parties qu'il est « illégal » de promouvoir les investissements *« en assouplissant les mesures nationales en matière de santé, de sécurité et de l'environnement »*[528] et qu'*« aucun État membre ne doit renoncer, ni déroger ni tenter de renoncer ou de déroger à ces mesures dans le but d'encourager la création, l'acquisition, l'expansion ou le maintien d'un investissement sur son territoire national* »[529].

Ces avancées substantielles émanent de la volonté des CER africaines de développer des politiques qui concilient les intérêts de leurs États membres avec la protection des

---

**525** L'article 9 § 2 de l'ECOWIC se lit comme suit : *« Les dispositions du présent Code ne doivent pas être interprétées pour […] b) empêcher un État membre de prendre des mesures* ***qu'il juge indispensable*** *à la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité, y compris,* ***sans toutefois s'y limiter*** *: … »*

**526** DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.,* p. 481.

**527** Ces textes trouvent inapproprié de la part des États Parties de diluer leurs mesures de politique publique afin d'inciter les opérateurs économiques étrangers à investir sur leur territoire. Cf. Article 22 § 2 du SADC Model BIT, Article 11 du PFI révisé, Article 16 § 4 du Modèle de traité d'investissement de la CAE.

**528** Article 23 § 3 de l'ECOWIC.

**529** *Idem.*

investisseurs étrangers[530]. Certains auteurs semblent toujours insatisfaits, lorsqu'ils affirment que *« International economic law today prioritizes trade and investment by treating values like health and environmental protection as 'exceptions'»*[531]. S'il est vrai que des réformes restent à opérer, il faut néanmoins reconnaître que les droits des États d'accueil sont devenus la clé de voûte des réformes des textes régionaux africains d'investissement. Le droit des États d'accueil de recourir aux exigences de performance en est une preuve suffisante.

## SECTION II. LA CONSÉCRATION DU DROIT DE RECOURIR AUX EXIGENCES DE PERFORMANCE

Les exigences de performance, encore appelées prescriptions de résultat, traduites littéralement de l'anglais, *performance requirements,* sont l'un des versants de l'expression des prérogatives reconnues à l'État d'accueil des investissements. Elles n'ont pas reçu une grande attention de la doctrine et de la jurisprudence[532], puisqu'elles n'ont été favorablement accueillies dans les accords internationaux d'investissement (AII) **(§ 1)**. Cependant, lorsque l'on s'attarde sur le nouveau cadre juridique d'investissement établi par les CER africaines, on assiste curieusement à un regain de vitalité de ces prérogatives. Les CER les considèrent comme un outil pouvant faciliter le développement de leurs États membres **(§ 2).**

### § 1. UN DROIT DE MOINDRE IMPORTANCE DANS LES AII

Conçues comme des dispositions imposées aux investisseurs étrangers pour l'atteinte de certains objectifs spécifiques au cours de leurs opérations dans le pays d'accueil[533], les exigences de performance sont mal vues dans le régime international des investissements. Ces mesures sont en déliquescence dans la grande majorité des accords relatifs aux investissements **(B).** Le peu d'intérêt suscité par les exigences de performance convie à un

---

[530] Voir CHIDEDE (T.), « The Right to Regulate in Africa's International Investment Law Regime », *Oregon Review of International Law, op. cit.,* p. 449-459; Voir aussi LARYEA (E.), FABUSUY (O.), « African Countries and International Investment Law: Right to Regulate or Appropriate Regulation or Both? », *Australasian Review of African Studies,* 40 (2), 2019, pp. 27-54.

[531] ARATO (J.), CLAUSSEN (K.), BENTON HEATH (J.), « The Perils of Pandemic Exceptionalism», *American Journal of International Law*, 2020, p. 636.

[532] Parmi les célèbres sentences arbitrales touchant aux exigences de performance, on peut énumérer entre autres, CIRDI, *Cargill, Inc. c. États-Unis*, Affaire n°ARB(AF)/05/2, 18 septembre 2009 ; CIRDI, *Joseph C. Lemire c. Ukraine,* Affaire n°ARB/06/18, 21 janvier 2010 ; CIRDI, *Mobil Investments Canada and Murphy Oil corporation c. Gouvernement du Canada*, Affaire n°ARB (AF)/7/4, 22 mai 2012.

[533] UNCTAD, *Foreign Direct Investment and Performance Requirements : New Evidence from Selected Countries,* United Nations, New York and Geneva, p. 2, disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/iteiia20037_en.pdf, consulté le 10 juin 2021.

effort préalable de leur appréhension théorique et de l'analyse de leur teneur afin de mieux juger les positions de leurs adjuvants et de leurs négateurs **(A).**

## A. L'essence des exigences de performance

D'entrée, il convient de noter que l'imposition des exigences de performance aux opérateurs économiques étrangers n'est pas récente. Le désir des États de tirer le meilleur parti des investissements les a très tôt poussés à développer des stratégies qui pourront leur permettre d'y parvenir. Dès lors, les exigences de performance insérées dans une convention d'investissement par un État devraient aider à atteindre de multiples objectifs **(1).** Elles peuvent se présenter sous diverses formes et se ramifier en plusieurs mesures selon les priorités de cet État **(2).**

### *1. De divers objectifs poursuivis*

Le professeur Patrick Juillard définissait les exigences de performance comme des *« contraintes que l'État d'accueil impose à l'investisseur, en vue de la réalisation de ses objectifs et priorités du développement économique que cet État s'est assigné »*[534] *;* des conditions qu'un investisseur doit remplir avant d'établir, d'exploiter une entreprise, ou d'obtenir certains avantages offerts par l'État d'accueil[535]. Leur effet immédiat est de restreindre, au bénéfice de cet État, la liberté des investisseurs de gérer leurs investissements au mieux de leurs intérêts privés. De l'avis de Franck Latty, elles constituent des entraves étatiques à la libre-exploitation des investissements par des opérateurs économiques étrangers[536], dans le but de répondre aux impératifs de politique économique.

Mercantilistes par nature, les exigences de performance s'inscrivent prioritairement dans une perspective de maximisation des bénéfices générés par les investissements étrangers sur l'économie nationale[537]. L'intention est aussi d'en user pour renforcer la plus-value nationale par la réduction des importations et l'augmentation des exportations entrainées par les opérations d'investissement. Ces exigences conduisent l'investisseur étranger à adopter un « comportement économique » qu'il n'adopterait jamais s'il n'y était pas obligé ou encouragé. Si l'on considère la puissance politique et surtout financière de certaines sociétés

---

**534** JUILLARD (P.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *op. cit.,* p. 192.

**535**BERNASCONI-OSTERWALDER (N.) et al., *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, *op. cit.,* p. 34.

**536** LATTY (F.), « Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation », *RGDIP,* 2015, pp. 181-182.

**537**GENEST (A.), *Performance Requirements Prohibitions in International Investment Law,* PhD dissertation, University of Leiden - University of Ottawa, 2017, p. 18.

multinationales opérant en Afrique, et dont le capital dépasse parfois le PIB de quelques pays, on opinera du bonnet la pertinence de cette considération.

Les fondements économiques de ces mesures sont édifiés sur l'objectif des gouvernements de faire barrage aux opérations d'enclave par les investisseurs étrangers et de s'assurer que les potentielles retombées de leurs investissements sont positives. Cet objectif s'explique, lorsqu'on s'aperçoit que les opérations dites « d'enclave » sont susceptibles de frapper les économies nationales de plein fouet, en raison de la très faible synergie avec les entreprises étrangères[538]. C'est ce qui pourrait donner une onction de légitimité aux mobiles qui peuvent porter un État d'accueil à la mise en branle de son droit de recourir aux exigences de performance. Par ce biais, il est en mesure de procéder au renforcement de ses industries locales et à la garantie de leur sécurité, au développement de l'expertise locale dans un secteur donné, à la garantie du transfert de technologie, à la préservation d'une part importante d'entreprises nationales dans les secteurs-clés, ou encore, à la réduction du taux chômage par la création d'emplois, etc[539].

Rappelons-le, la grande majorité des accords internationaux d'investissement n'énonçaient pas expressément les exigences de performance. En revanche, il n'empêche que les États d'accueil peuvent y recourir. En d'autres termes, la plupart de ces accords n'interdisaient pas le recours à cette pratique. Selon une étude, *« […] l'une des options généralement retenues consistait à garder le silence, appliquant la maxime selon laquelle ce qui n'est pas interdit est permis »*[540]. En effet, l'examen du PFI de la SADC de 2006, du Modèle de traité de la CAE de 2006 et de l'Accord sur la zone commune d'investissement du COMESA de 2007 ne révèle aucune présence de dispositions interdisant le recours aux exigences de performance. Ceci revient à dire que, dès l'adoption des premiers instruments juridiques consacrés entièrement aux investissements, les CER africaines, dépositaires de ces textes, admettaient déjà implicitement l'usage de cette « arme » au profit de leurs États membres.

---

**538** KOULA (M. B.), *Le développement durable dans les traités régionaux africains d'investissements : cas de la CEDEAO et de la SADC, op. cit.,* p. 143.

**539** NIKIEMA (S.H.), *Les prescriptions de résultat dans les traités d'investissements*, Série de bonnes pratiques de l'IISD, 2014, p. 1, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/best-practices-performance-requirements-investment-treaties-fr.pdf, consulté le 22 avril 2020.

**540** MANN (H.) et al., *Accord international sur l'investissement pour le développement durable, Guide du négociateur,* Winnipeg, IIDD, 2006, p. 48 ; cité par KOULA (M. B.), *Le développement durable dans les traités régionaux africains d'investissements : cas de la CEDEAO et de la SADC*, *op. cit*., p. 141.

À la différence de leurs pairs de la SADC, de la CAE et du COMESA, les rédacteurs de l'Acte additionnel de la CEDEAO de 2008 relatifs aux investissements n'ont pas usé de subterfuges pour énoncer ce droit. Leur audace est bien palpable dès leur premier coup d'essai. Sous le chapitre V de ce texte intitulé « Droits de l'État d'accueil », les exigences de performances ont été consacrées sans détour à l'article 24. Le titre « Exigences de performance » retenu pour cet article lève d'emblée tout équivoque sur l'existence ou non de cette prérogative dans le texte. Il relève remarquablement la confiance des États membres de la CEDEAO en la capacité de ces prérogatives de favoriser le développement local au moyen des investissements étrangers[541]. Les États d'accueil ont normalement la latitude de les utiliser sous diverses formes pour atteindre leurs objectifs.

### *2. De diverses formes empruntées*

Les exigences de performance touchent à des questions aussi variées que diverses, allant de la résolution des imperfections du marché national au redressement des inégalités sociales, à l'aide d'un agenda proactif mis en œuvre par les États d'accueil des investissements[542]. Elles peuvent être regroupées en trois principales catégories en tenant compte de plusieurs critères, dont l'approfondissement aura des vertus explicatives.

La première catégorie - la plus importante et la plus problématique sur le plan juridique - regroupe les exigences obligatoires et celles facultatives. Les premières sont liées aux conditions d'entrée et d'exploitation de l'investissement. Leur respect est impératif pour l'investisseur étranger, sans quoi il ne sera autorisé à s'établir sur le territoire de l'État d'accueil ou à continuer à y opérer. Plus précisément, elles apparaissent comme une *« condition de l'investissement, de la poursuite de l'activité ou comme condition de la candidature à une concession ou une licence »*[543]. Quant aux secondes, notamment les exigences facultatives, elles sont formulées sous forme de conditions donnant droit à certains avantages au profit des investisseurs étrangers dans leurs activités sur le territoire de l'État hôte. De là tiennent-elles leur dénomination *« host country operational measures »* utilisée dans le jargon de la CNUCED[544].

---

**541** L'article 24 § 2 de l'Acte additionnel de la CEDEAO dispose que *« […] Host States may impose performance requirements to promote domestic development benefits from investments… ».*

**542** GENEST (A.), *Performance Requirements Prohibitions in International Investment Law*, *op. cit.,* p. 19.

**543** COSBEY (A.), MANN (H.), CUNNINGHAM (M.), *Les traités bilatéraux d'investissement, l'exploitation minière et les champions nationaux: en assurer le succès, op. cit*., p. 9.

**544** Voir UNCTAD, *Host States Operational Measures,* UNCTAD Series, Issue on International Investment Agreements, New-York and Geneva, 99 p., disponible sur https://unctad.org/system/files/official-

De ce point de vue, les exigences de performance sont étroitement liées, ou même assimilées aux mesures incitatives qui se traduisent fondamentalement par des exonérations fiscales ou des subventions offertes par l'État d'accueil. En principe, ces dernières ne font peser aucune obligation ferme sur les investisseurs étrangers. Ceux-ci ont le choix de les respecter ou non. C'est à tort qu'ils voudront accuser l'État d'accueil de les leur imposer. C'est du moins l'enseignement que l'on peut tirer de l'affaire *Corn Product International c. Mexique*[545]. Toutefois, une distinction entre ces mesures et celles obligatoires adoptées au titre des exigences de performance, n'est pas évidente. La confusion du « droit d'inciter » avec le « droit d'exiger » est parfois irréversible.

Il est utile à ce niveau d'exprimer une crainte : certaines « exigences non obligatoires », ou mesures incitatives adoptées en matière fiscale présentent des inconvénients pour les États d'accueil des investissements. Lorsqu'on analyse leurs effets à long terme, elles sont largement critiquables. Les gouvernements africains sont réputés pour l'octroi d'exonérations fiscales démesurées aux sociétés multinationales[546]. Ces largesses qui s'apparentent parfois à des « cadeaux fiscaux »[547] risquent de transformer l'objectif d'intérêt général en une arlésienne. Les richesses colossales amassées par ces multinationales contrastent souvent avec la pauvreté abyssale des ressortissants du pays hôte.

David Simons livrait une analyse qui trouve ici toute sa pertinence. Il écrivait que même si les mesures incitatives sont une « méthode vitale » pour atteindre des objectifs économiques cruciaux, *« over-use of fiscal incentives diminishes the public fund available to provide essential public goods and services »*[548]. Les États africains devraient prendre cette interpellation au sérieux et rester prudents.

La deuxième catégorie d'exigences de performance concerne celles qui sont imposées préalablement à l'établissement de l'investissement étranger et celles qui le sont postérieurement. Les exigences de performance pré-établissement sont des conditions

document/psiteiitd26.en.pdf, consulté le 20 juin 2021. Tel est le langage adopté par l'ECOWIC. Cf. Chapitre 4 de l'ECOWIC intitulé *« Mesures opérationnelles du pays d'accueil ».*

[545] CIRDI*, Corn Product International, Inc c. Mexique*, Affaire, n° ARB (AF)/04/1, 15 janvier 2008, § 80.

[546] C'est l'exemple de l'État togolais qui a exonéré de le Groupe Bolloré - du paiement d'impôt sur une période de 10 ans. Bien plus, il a garanti une liberté d'exploitation du Port autonome de Lomé, fleuron de l'économie nationale, à cette puissante multinationale française sur une période de 30 ans sous prétexte de la contribution financière de cette dernière à la construction du troisième quai.

[547] LABUSQUIERE (M.), *En Afrique, comme ailleurs, pas de démocratie sans justice fiscale ! Mettre la fiscalité des multinationales au service de l'intérêt général,* Rapport de la Coalition Tournons la page*,* 2017, pp.7-8.

[548]COLLINS (D.), *Performance Requirements and Investment Incentives under International Economic Law*, Edwards Elgar Publishings, 2015, p. 4.

préalables requises par l'État d'accueil à l'égard de l'investisseur étranger pour l'admission de l'investissement proposé sur son territoire. Pour ce qui est des exigences de performance post-établissement, elles interviennent durant l'exploitation de l'investissement déjà admis. Elles surviennent souvent dans le cas d'un changement du cadre réglementaire relatif aux opérations existantes. Lorsqu'elles sont obligatoires, elles emportent d'importantes incidences juridiques[549].

Dans la dernière catégorie, on distingue les exigences de performance de source légale et celles d'origine contractuelle. Les premières sont imposées par des lois nationales d'investissement, telles que les codes d'investissement, ou des législations propres à un secteur spécifique comme les codes minier ou pétrolier. Quant aux dernières, elles ont pour contenant les contrats d'investissement conclus entre l'État d'accueil et l'investisseur étranger. Elles trouvent aussi place dans les directives d'évaluation des appels d'offre[550]. En tout état de cause, peu importe la catégorie dans laquelle on les classe, les exigences de performance sont en passe d'être mises sous éteignoir dans les accords internationaux d'investissement.

## B. La déliquescence des exigences de performance

Les exigences de performance n'ont pas reçu l'adhésion de tous les États. Elles ont fait l'objet de critiques acerbes sous prétexte qu'elles sont des mesures protectionnistes aux effets contre-productifs. Le mécontentement engendré par cette prérogative des États d'accueil va provoquer sa prohibition dans un nombre croissant d'accords internationaux d'investissement **(1).** Un simple décillement factuel conduit cependant à mettre en doute la pertinence de cette prohibition devenue la règle **(2).**

### *1. L'interdiction grandissante des exigences de performance*

Alors que les exigences de performance sont longtemps reconnues comme un droit souverain de l'État d'accueil de réglementer les investissements, la tendance florissante est celle de leur abandon. Quantité de traités intègrent désormais une disposition interdisant à l'État d'accueil d'imposer des exigences de performance. Bien qu'elle ne tire pas son origine

**549** Les exigences de performances obligatoires qui interviennent au cours de l'exploitation de l'investissement sont susceptibles de violer les engagements conventionnels de l'État d'accueil en matière commerciale ou d'investissement. Voir NIKIEMA (S. H.), *Les prescriptions de résultat dans les traités d'investissements, op. cit*., p. 2.

**550**COSBEY (A.), MANN (H.), CUNNINGHAM (M.), *Les traités bilatéraux d'investissement, l'exploitation minière et les champions nationaux: en assurer le succès, op. cit*., p. 9.

des principes de protection des biens des étrangers comme les autres standards, elle est une règle qui garantit une protection particulière aux investisseurs étrangers[551].

Façonnée et promue par les États-Unis d'Amérique[552], cette disposition a connu une telle propagation dans les conventions d'investissement qu'elle est devenue une clause à une portée propre, parce qu'indépendante des autres normes conventionnelles, comme le traitement national et la clause de la nation la plus favorisée, desquelles peut découler une interdiction similaire[553]. La forme la plus classique qu'elle prend est lisible dans le TBI entre les États-Unis et le Cameroun conclu en 1986 qui énonce que *« [n]either Party shall impose performance requirements as a condition of establishment, expansion or maintenance of investments owned by nationals or companies of the other Party, which require or enforce commitments to exports goods produced, or which specify that goods or services must be purchased locally, or which impose any other similar requirement* »[554]. En vertu de cette disposition, l'État camerounais ne pourrait conditionner l'implantation et l'exploitation sur son territoire d'une usine par un opérateur économique américain à l'acquisition des matières premières locales.

L'interdiction des exigences de performance, encore dénommée « clause de libre exploitation », a une forte inclination néo-libérale[555]. Elle a fait naître de farouches contempteurs du droit des États hôtes de prescrire des résultats aux investisseurs étrangers. Ceux-ci estiment que les mesures prescrites sont de nature à obstruer le flux des

---

**551** DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.,* p. 433.

**552** L'interdiction des exigences de performance trouve leur origine dans le litige commercial qui opposa les États-Unis au Canada. Dans ce litige, les États-Unis contestaient la légalité des exigences de recrutement de main d'œuvre locale que l'État canadien avait imposées aux investisseurs américains en se conformant à sa loi sur l'investissement de 1973. Dans un rapport datant du 7 février 1984 *(Canada-Administration de la loi sur l'examen de l'investissement étranger, IBDD, S30/147)*, un groupe spécial du GATT avait jugé que de telles exigences n'étaient pas prohibées par le droit international. À la suite de cette déconvenue, les États-Unis ont mené avec succès un grand mouvement de contestation en vue de l'interdiction de ces prescriptions dans les traités d'investissement. Depuis, elle est figure presque systématiquement dans tous les traités américains. Elle est présente à l'article 1106 de l'ALENA. Voir LATTY (F.), « Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation », *op. cit.,* pp.184-185. Voir aussi DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.,* p. 435 ; La forme la plus détaillée de l'interdiction des exigences de performance sont rencontrées à l'article 8 du Modèle de TBI des États-Unis de 2004 révisé en 2012 ; Voir à ce sujet, JUILLARD (P.), « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements (2004) », *AFDI,* 2004, pp. 669-682.

**553** Il est primordial de préciser que sur le plan formel, l'interdiction des exigences de performance a des déclinaisons variables selon les traités d'investissement. Elle peut être une clause autonome avec pour intitulé « (Interdiction des) exigences de performances. Parfois, elle peut se fondre dans d'autres standards, tels que le traitement juste et équitable, le traitement national et la clause de la nation la plus favorisée. Voir LATTY (F.), « Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation », *op. cit.,* p. 180 et suivantes.

**554** Article II § 6 du TBI USA-Cameroun TBI du 26 février 1986.

**555** Les dispositions relatives à l'interdiction des exigences de performance a été désignée « clause de libre exploitation » par le professeur Franck Latty suite à la suggestion du professeur Yves Nouvel. Voir LATTY (F.), « Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation », *Ibidem.,* p. 179.

investissements étrangers. Selon eux, elles sont incohérentes avec les principes de libre-échange et défavorisent le développement pour lequel elles ont été adoptées. Même la Banque mondiale, dans ses lignes directrices concernant l'investissement étranger, a exprimé son opposition à ces mesures de la façon suivante: *« […] Les États noteront que l'expérience tend à montrer que certaines obligations de résultats imposées aux investisseurs comme condition d'entrée aboutissent souvent à des résultats contraires à ceux recherchés […] Les obligations de résultats dissuadent souvent l'investisseur étranger d'investir dans le pays en question ou encouragent la fraude et la corruption »*[556].

À l'échelle multilatérale, la désapprobation des exigences de performance est totale comme on peut le noter dans l'argumentaire de la Banque mondiale. Elle est nettement plus prononcée dans le commerce international avec les règles de l'OMC profondément imprégnées de la norme du traitement national. En effet, l'Accord de l'OMC sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord MIC ou *TRIM* par son acronyme en anglais) interdit les exigences de performance entraînant des répercussions sur le commerce des marchandises, en ce sens qu'elles vont à l'encontre des mesures prohibées par le GATT[557]. Cela étant, tous les États membres de l'OMC sont astreints au strict respect de cette interdiction. En toute logique, les 44 États africains membres de cette organisation sont assujettis aux restrictions de leur droit d'imposer des exigences de performance incompatibles avec l'Accord MIC.

En fin de compte, l'interdiction des mesures de performance semble dépasser l'état de chrysalide pour se cristalliser dans le droit international économique en général. Mais les justifications fournies pour soutenir « l'invention » de cette clause sont discutables, surtout lorsque l'on s'inscrit dans le contexte africain.

## *2. Une interdiction largement contestable*

Les opinions relatives aux exigences de performance n'ont jamais mené à des conclusions consonantes. L'on devait s'attendre à l'interdiction de ces mesures au vu des

---

**556** Cf. Article II § 3 des Principes directeurs de la Banque mondiale pour le traitement de l'investissement étranger adopté en 1992 traduit et commenté par JUILLARD (PH.), « Chronique de droit international économique », *AFDI,* 1992, p. 802 ; repris par Voir aussi CNUCED, *Compendium,* vol. 1, p. 247.

**557** L'article 2 § 1 de l'Accord MIC dispose : *« sans préjudice des autres droits et obligations résultant du GATT, aucun membre n'appliquera de MIC qui soit incompatible avec les dispositions de l'article III ou de l'article XI du GATT de 1994 ».* Il y a lieu de préciser que l'interdiction des exigences de performance ne couvre pas les mesures ayant un impact sur le commerce des services dans le contexte de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS). Les mesures qui n'affectent pas directement le commerce international ne sont pas concernées non plus.

dissensions qui ont émergé à leur sujet. On l'a relevé, leurs détracteurs y voient une forme d'interventionnisme économique pouvant provoquer une distorsion préjudiciable sur le commerce international et les investissements étrangers[558]. Méconnaitre l'existence d'arguments de poids sur les lacunes des exigences de performance serait malhonnête. Pour autant, les hypothèses selon lesquelles elles constituent une politique désavantageuse pour les États qui les adoptent doivent être prises avec des pincettes pour plusieurs raisons.

D'abord, l'origine de l'interdiction des exigences de performance jette un doute sérieux sur sa pertinence. La propagation de cette clause étant consécutive au haro des États-Unis sur les mesures imposées par l'État canadien aux opérateurs économiques américains, la tentation est grande de dire qu'elle relève davantage de l'hubris et de l'égoïsme de ce pays - connu pour être un grand exportateur de capitaux - que de son utilité pour les États hôtes. L'interdiction des exigences est l'expression éloquente de l'hyperpuissance juridique américaine et de sa capacité à modeler le droit international économique[559].

Il a été démontré que les exigences de performance ont été pendant longtemps exploitées par les gouvernements de certains pays développés. En conséquence, c'est à juste titre que certains analystes se sont insurgés contre leur interdiction. Ils s'indignaient de constater que *« the very strategies regarding performance requirements which developed states now seek to prohibit helped the developed states to rise to their present economic eminence »*[560]. Cette interdiction a l'air d'une injustice vécue par les pays en voie de développement à cause de leur faible influence dans les relations internationales économiques.

À notre sens, il n'y a rien de choquant dans le fait des pays en voie de développement de se servir des exigences de performance pour concrétiser leurs rêves de bien-être social et économique. Les données empiriques prouvent à suffisance que ces mesures ont efficacement contribué au décollage économique de certains d'entre eux. L'essor économique d'après-guerre connu par Singapour et Taïwan est favorisé par l'utilisation réussie de ces outils dans leur politique industrielle. De même, les mesures imposées aux investisseurs par le gouvernement indien ont eu un impact positif sur son secteur automobile

**558** L'événement qui a marqué le plus grand rejet des exigences de performance fut le Consensus de Washington. Selon les participants, les exigences de performance ne relèvent pas d'une politique économique sage. Il a été demandé aux États de le décourager. BERNASCONI-OSTERWALDER (N.), COSBEY (A.) et al*., Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses, op. cit*., p. 36.
**559** LATTY (F.), « Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation », *op. cit.,* p. 184.
**560** SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment,* 4th ed*.,* 2017, p. 243.

et partant, son économie[561]. Au regard des résultats positifs des exigences de performance, la Communauté caribéenne (CARICOM)[562] s'est frontalement opposée à la clause les interdisant. Cette organisation régionale énonçait dans ses lignes directrices pour les négociations des TBI que ses États membres ne devraient accepter aucune restriction à leur liberté d'imposer des « obligations de performance »[563].

De fait, la nécessité d'exiger des performances se fait ressentir en Afrique beaucoup plus qu'ailleurs. Les prohiber dans les instruments juridiques impliquant les pays africains, dont les besoins de croissance économique sont plus élevés, serait mal pensé. Ainsi que le relève Stéphane Bonomo, *« [i]l s'agit pour l'État d'accueil à travers ces diverses obligations de bénéficier des profits dégagés par les investisseurs sur son territoire et de profiter de leur assistance technique et financière, il s'agit également pour le pays hôte, en filigrane de tout cela, d'exercer sa souveraineté dans les secteurs clefs de l'économie nationale. Dès lors, la présence, dans les accords d'investissement, d'une disposition afférente à la prohibition de la prescription de résultat […] doit s'appréhender comme une règle restreignant la souveraineté »*[564].

Un groupe d'experts sur les questions d'investissements étrangers dans le secteur minier en Afrique a souligné qu'*« elles [les exigences de performances] revêtent un intérêt pour nous [les pays africains] dans le contexte actuel parce que leur fonction essentielle est d'apporter plus de bénéfices aux pays d'accueil découlant de la réglementation des investissements »*[565]. À son tour, la *Southern and Eastern African Trade Information and Negotiations Institute* (SEATINI) soutenait que les exigences de performance doivent être

---

[561] NIKIEMA (S.H.), *Les prescriptions de résultat dans les traités d'investissements, op. cit*., p. 3.

[562] La Communauté caribéenne (CARICOM) est une organisation régionale née le 4 juillet 1973 du Traité de Chaguaramas. Elle a pour objectif de favoriser l'intégration des États du bassin des Caraïbes, et de construire un espace de libre-échange autour d'un Marché commun. Elle composée de 15 pays, notamment Antigua-et-Barbuda, les Bahamas, le Belize, la Dominique, la Grenade, la Guyanne, Haïti, la Jamaïque, Montserrat, Saint Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie, Saint Vincent -et-les Grenadines, Trinité-et-Tobago et le Suriname. Voir DUHAMEL (A.), CALERO (J-P.), *Le marché commun dans la Communauté du bassin des caraïbes,* Les notes d'information de l'Observatoire des Amériques, disponible sur https://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/03-CARICOM.pdf, consulté le 15 mai 2021.

[563] Au point (i) du titre « Performance Obligations » de cet instrument d'orientation de la CARICOM en matière d'investissement, il a été prévu que *« CARICOM countries should not accept any restrictions on their freedom to impose performance obligations ».* Lire *CARICOM Guidelines for use in the negotiation of bilateral treaties*, disponible sur https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2879/download, consulté le 11 juin 2021.

[564] BONOMO (S.), *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 152.

[565] COSBEY (A.), MANN (H.), CUNNINGHAM (M.) *Les traités bilatéraux d'investissement, l'exploitation minière et les champions nationaux : en assurer le succès,* IISD Report, Winnipeg, 2014, p. vi, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/bilateral_investment_treaties_mining_national_uneca-fr.pdf, consulté le 12 juin 2020.

insérées dans tous les accords d'investissement afin d'amener les investissements étrangers à promouvoir le secteur privé local et à contribuer au bien-être social[566].

Les prouesses économiques réalisées par le Botswana ces cinq dernières années forcent l'admiration et obligent à questionner sérieusement les effets pervers collés aux exigences de performance. En effet, ce petit pays s'est récemment hissé au pinacle des pays d'Afrique noire en termes de développement en égalant le niveau économique du Portugal et de la Malaisie. Sous la loupe de l'analyse de cet exploit, il apparaît une alchimie dérivant des mesures prises très tôt par le gouvernement botswanais à la charge des investisseurs étrangers[567]. Ces mesures qui ne sont rien d'autres que des exigences de performance ont permis de booster l'industrie nationale de transformation du diamant[568]. Au regard de cet exemple vivifiant, les exigences de performance n'apparaissent point comme un leurre. Au contraire, elles représentent une lueur d'espoir pour les autres pays africains assoiffés de développement depuis des lustres.

Enfin, à scruter les prévisions de l'OMC se rapportant à la prohibition des exigences de performance en vogue dans les nouveaux accords d'investissement, cette clause peut être battue en brèche. Il a été indiqué plus haut que l'Accord MIC interdit aux États parties de recourir à certaines prescriptions. Toutefois, force est de constater que ce même texte a prévu des exemptions temporaires au profit des pays membres les moins avancés (PMA)[569]. Ces derniers sont dès lors autorisés à déroger aux restrictions de l'Accord MIC liées à leur capacité de prescrire des résultats jusqu'à une période donnée. De ces dérogations, on peut déduire que l'OMC reconnaît sans réserve l'intérêt des exigences de performance pour les pays en voie développement[570]. Dès lors, un paradoxe s'installe lorsqu'on s'acharne à les

---

**566** SEATINI, « Assessment Study of the Draft EAC Framework and Investment Model Treaty : Key Provisions and Proposals for pro-development policies and investment policies », p. 13, cité par KOULA (M. B.), *Le développement durable dans les traités régionaux africains d'investissement : Cas de la CEDEAO et de la SADC, op. cit.,* p.144. Voir aussi SEATINI, « Making Investments work for people : Proposals for adoption of Performance Requirements Measures in Investments policies, laws and agreements », Policy Brief, 2017, 6 p, disponible sur https://seatiniuganda.org/download/making-investments-work-for-people-proposals-for-adoption-of-performance-requirement-measures-in-investment-policies-laws-and-agreements/, consulté le 12 mai 2021.

**567** Ces mesures consistent entre autres en l'interdiction de l'exportation des matières premières brutes. Elles doivent préalablement être transformées localement. C'est le gouvernement botswanais qui fixe le cours du diamant, et non les firmes étrangères. Il est prévu des mesures incitatives relativement irrésistibles aux investisseurs étrangers. Puisque ces incitations sont bien exploitées, le Botswana est classé ne cesse d'attirer les investisseurs. Ce qui facilite son développement économique.

**568** Voir NIKIEMA (S.H.), *Les prescriptions de résultat dans les traités d'investissements, op. cit*., p. 3.

**569** Cf. Article 4 et article 5. 3 de l'Accord MIC.

**570** Lors de sa 6eme Conférence Ministérielle tenue à Hong-Kong le 18 décembre 2005, l'OMC a ouvertement reconnu l'importance des exigences de performance dans le développement d'un pays. Voir Ministerial Declaration on Doha Work Program, Annex F (WT/MIN (05)/DEC) cité par KOULA (M. B.), *Le*

bannir dans les échanges et les investissements internationaux. Désormais, dans les nouveaux accords régionaux africains d'investissement, c'est l'inverse qui est prôné : les CER s'attellent à les ressusciter.

## § 2. UN DROIT EN RENAISSANCE DANS LES TEXTES RÉGIONAUX AFRICAINS D'INVESTISSEMENT

Les récents accords régionaux africains d'investissement font montre d'une dissidence normative vis-à-vis du nouveau régime international des investissements concernant les exigences de performance. La *SADC Model BIT* et le Modèle de traité d'investissement de la CAE prévoient chacun une disposition reconnaissant aux États d'accueil le « *Right to pursue development goals* » à laquelle ils rattachent ouvertement les exigences de performance[571]. L'ECOWIC en fait de même lorsqu'il parle d'« *Obligations en matière de développement* »[572]. Quant au PFI révisé et de l'Accord révisé du COMESA, ils encouragent respectivement la *« Promotion des entrepreneurs locaux et régionaux »*[573] et le « *Support to domestic investors* »[574]. Au fond, ces textes énoncent la possibilité pour les États d'accueil d'imposer des exigences de développement de l'économie locale **(A)**, ainsi que des exigences de développement social **(B).**

### A. La possibilité d'imposer des exigences de développement économique

Le développement comme finalité des accords internationaux d'investissement dispose d'une existence juridique *per se*. La finalité « pro-développement » de ces textes, avec l'impact positif attendu des flux financiers, semble naturelle, même en l'absence de clauses spécifiques[575]. Cette réalité n'a toutefois pas empêché les CER d'ignorer l'interdiction de

*développement durable dans les traités régionaux africains d'investissement : Cas de la CEDEAO et de la SADC, op. cit.,* p.149.

**571** On peut lire dans le commentaire de l'article 21. 2 de la *SADC Model BIT* que *« This provision […] does enable a government to require them without fear of potential claims that their are in breach of the agreement. Combined, these articles will reinforce the rights of host States to utilize performance requirement obligations […] »*. Les commentateurs de l'article 16 du Modèle de traité de la CAE, eux, font savoir que *« The article provides exclusion from the treaty for measures taken to promote development within host States. In particular, it ensures that performance requirements may be imposed by states on foreign investors to promote the social and economic benefits of their investments in the host State ».*

**572** L'article 31 de l'ECOWIC titré *« Obligations en matière de développement »* est une disposition se rapportant clairement aux exigences de performance. En son alinéa 4, il est prévu que *« Les États membres peuvent imposer des exigences de performance pour promouvoir les avantages du développement national tirés des investissements ».*

**573** L'article 3 du PFI révisé de la SADC intitulé « Promotion des entrepreneurs locaux et régionaux » est une disposition qui offre la possibilité aux États d'accueil d'adopter des mesures à cet effet.

**574** L'article 13 de l'Accord révisé du COMESA en encourageant un « soutien aux investisseurs locaux » de la part des investisseurs étrangers reconnait le droit des États d'accueil d'exiger des mesures allant dans ce sens.

**575** SERRURIER (E.), *La résurgence du droit au développement : Recherche sur l'humanisation du droit international,* Paris, Pedone, 2022, pp. 556-557.

recourir aux exigences de performance dans leurs nouveaux d'investissement. Utiliser tous les moyens proposés par le droit pour favoriser le développement des économies nationales des États membres, tel est leur *credo*. Ils autorisent ainsi ces derniers à imposer certaines mesures-clés à la charge des investisseurs étrangers, dans l'espoir de renforcer prioritairement le secteur privé local **(1)** et de développer l'expertise locale, c'est-à-dire l'expertise nationale et régionale **(2).**

## *1. Le renforcement du secteur privé local*

La promotion du secteur privé local forme certainement le « noyau dur » des exigences de performance qu'un État d'accueil peut faire peser sur les investisseurs étrangers. Certes, les accords régionaux africains d'investissement intègrent déjà des exceptions à la clause du traitement national. Mais ils ont tous, sans exclusive, insister sur le rôle des États d'accueil dans l'épanouissement des entreprises ou des industries locales. L'article 3 § 1 du PFI révisé dispose que *« les États parties appuient le développement des entrepreneurs locaux et régionaux et accroissent leurs capacités productives […] ».* L'ECOWIC contient des termes plus généraux pour l'exprimer. Ce Code prévoit que *« les États membres peuvent imposer des exigences de performance pour promouvoir les avantages du développement national tirés des investissements »*[576]. Inspiré par la *SADC Model BIT*, le Modèle de traité d'investissement de la CAE énonce que *« a State Party may grant preferential treatment in accordance with their domestic legislation to any entreprise so qualifying under the domestic law in order to achieve national or sub-national regional development goals* »[577]. Tel est aussi le sens donné à l'article 13 (a) de l'Accord révisé du COMESA[578].

Les mesures cruciales qui en découlent imposent aux investisseurs étrangers d'atteindre un certain niveau d'achat local. Concrètement, elles requièrent un quota à atteindre et exigent l'approvisionnement, en priorité, de biens et services locaux lorsqu'ils sont à qualité égale avec ceux de l'extérieur, afin de soutenir le développement des entrepreneurs locaux[579]. Aux termes de l'ECOWIC, *« la priorité d'utilisation des matières premières locales et, en*

---

**576** Article 13 § 4 de l'ECOWIC.

**577** Cette disposition inscrite à l'article 16 § 1 du Modèle de traité d'investissement de la CAE n'est qu'une reprise textuelle de l'article 21 § 1 de la SADC Model BIT.

**578** Conformément à l'article 13 de l'Accord révisé du COMESA, *« […] Member States may support the development of local and regional industries […]. The support covered by this paragraph include : a) measures to grant preferential treatment to any qualifying entreprise under the domestic law of member States in order to achieve national and regional development goals ».*

**579** Cf. Article 16 § 2 (a) du modèle de traité d'investissement de la CAE, Article 21 § 2 (a) de la SADC Model BIT, Article 13 (b) de l'Accord révisé du COMESA.

*général, des produits locaux »* est l'un des critères qu'un État d'accueil doit considérer dans l'évaluation d'un investissement proposé par un opérateur économique étranger[580].

Le renforcement du secteur privé local procède également de certaines mesures plus indirectes qui consistent à mettre en œuvre des programmes de développement des fournisseurs locaux. En ce sens, le PFI révisé donne le droit aux États d'accueil de soutenir effectivement les entrepreneurs locaux et régionaux en *« a) adoptant des programmes développement et de valorisation des compétences […] d) adoptant, en matière d'offre, les mesures et politiques voulues pour renforcer leur compétitivité sur le plan mondial »*[581].

À bien des égards, toutes ces mesures, motivées par la dynamisation des entrepreneurs locaux, constituent des exceptions supplémentaires au traitement national, voire une altération de cette clause. Tout porte à croire que les CER africaines, dans leur poursuite des objectifs de développement durable, sont prêtes à exploiter tous les moyens que leur offre le droit sans crainte de se répéter et d'écorcher la protection réservée aux investisseurs étrangers. À y regarder de plus près, ces mesures leur sont très utiles. En effet, elles sont susceptibles de créer des liens économiques en amont et en aval de l'activité d'investissement et de favoriser la création et la diversification des activités économiques connexes[582]. C'est exactement l'expectative l'Accord révisé du COMESA lorsqu'il pose que les mesures à adopter par les États membres doivent *« provide, inter alia, up-stream and down-stream linkages and have favourable effect on attracting investments »*[583].

Le Botswana est un modèle de réussite dans l'établissement de liens solides en aval dans son secteur industriel d'extraction et de transformation du diamant. En 2005, l'État botswanais avait été établi des liens solides dans ce secteur en négociant le renouvellement de sa concession minière de diamant avec la société étrangère *De Beers* pour y incorporer des exigences imposant que certaines activités, comme la taille, le polissage et la fabrication de bijoux se fassent localement[584]. En ce qui concerne les liens établis en amont, il est rapporté que le Brésil a prévu quelques exigences qui y ont contribué avec succès. En effet, l'Agence nationale brésilienne du pétrole, du gaz et des biocarburants (ANP) a utilisé la

**580** Cf. Article 31 § 7 (e) de l'ECOWIC.
**581** Article 3 § 1 (a) (d) du PFI révisé.
**582** NIKIEMA (S.H.), *Les prescriptions de résultat dans les traités d'investissements, op. cit*., p. 2.
**583** Cf. Article 13 de l'Accord révisé du COMESA. L'article 3 § 2 du PFI révisé abonde dans ce sens en disposant que *« les États parties peuvent axer leurs efforts en faveur des industries qui fournissent des synergies en amont et en aval, et qui sont de nature à attirer l'investissement étranger […] ».*
**584** Voir COSBEY (A.), MANN (H.), CUNNINGHAM (M.), *Les traités bilatéraux d'investissement, l'exploitation minière et les champions nationaux : en assurer le succès, op. cit.,* p. 11.

teneur en produits locaux comme l'un des critères d'attribution des droits sur le pétrole. Cette stratégie s'est révélée efficace, dans la mesure où les engagements en matière de teneur en produits locaux sont passés de 25 à 80% en 10 ans[585].

Au regard de ces illustrations, l'on ne peut qu'accorder du crédit aux exigences de promotion du secteur privé local contenues dans les instruments juridiques d'investissement adoptés par les CER africains. Elles y occupent désormais une place centrale tout comme celles liées au développement de l'expertise locale. Voilà qui démontre encore la singularité des traités régionaux africains d'investissement.

## *2. Le développement de l'expertise locale*

L'examen du contenu des accords régionaux africains d'investissement révèle l'existence d'exigences destinées à peaufiner l'expertise nationale et régionale. La *SADC Model BIT* et le Modèle de traité d'investissement de la CAE énoncent que les États d'accueil ont le droit d'adopter des mesures spécifiques à la charge des investisseurs étrangers dans le but d'encourager *« research and development, including of new technologies, technology transfer, innovation »* sur leur territoire[586]. Dans l'ECOWIC, il apparaît également, mais plus clairement, des exigences de *« transférer une technologie, un procédé de production ou d'autres connaissances exclusives à un ressortissant ou à une société sur le territoire de l'État membre, conformément aux règles et procédures pertinentes convenues de commun accord »*[587].

Lorsqu'on creuse davantage ces exigences autorisées par les accords régionaux africains d'investissement, il surgit plusieurs avantages au profit des États d'accueil des investissements. Le renforcement de leur capacité technologique permet, non seulement de développer la productivité des entreprises et industries locales, mais également de régler l'épineux problème de la « fuite des cerveaux », dénommé, de nos jours, *« transfert inverse de technologie »* [588]. Sur ce dernier point, le rapatriement des compétences en exode pourrait

---

**585** *Idem.*

**586** Cf. Article 21 § 2 (b) de la *SADC Model BIT,* Article 16 § 2 (b) du Modèle de traité d'investissement de la CAE, Article 13 (c) de l'Accord révisé du COMESA. En la matière, le PFI révisé prévoit des dispositions très vagues en son article 3. Seule une interprétation de ces dispositions permettra de cerner ces mesures susmentionnées.

**587** Cf. Article 31 § 5 (a) de l'ECOWIC.

**588** CASSAN (H.), MERCURE (P-F.), BERKHECHI (M. A.), *Droit international du développement, op. cit*., p. 342.

se réaliser par le biais d'un partenariat entre les pays de provenance des émigrés et les pays d'accueil[589].

Le transfert de technologie reste l'un des objectifs les plus importants pour lesquels les États cherchent à attirer les investissements étrangers[590]. La raison fondamentale du recours aux exigences en la matière est d'amener les sociétés ou les firmes étrangères à adopter des technologies propres à doter les industries locales de facteurs de croissance et à faciliter le transfert d'un savoir-faire qu'elles ignoraient. Aussi peut-il s'agir d'exigences imposées à ces structures d'introduire de nouveaux produits technologiques de haute qualité sur le marché de l'État d'accueil[591]. Toujours appelé de tous leurs vœux par les États africains dans leurs politiques d'attraction des investissements, le transfert de technologies est, sans surprise, exigé dans les nouveaux accords régionaux africains d'investissement. Au-delà de cette exigence, l'admissibilité d'un investissement proposé par un opérateur économique étranger s'apprécie à l'aune de l'utilisation de technologies et d'équipements appropriés[592].

Les exigences de transfert de technologie vont généralement de pair avec celles relatives aux activités de Recherches et Développement (R&D). Les accords régionaux, en prévoyant des exigences en matière de R&D, ont l'intention de *« réaliser un type, un niveau ou un pourcentage de recherche et de développement sur le territoire de l'État membre »*[593]. Ils comptent promouvoir l'accès à d'autres produits ou technologies qui améliorent le rendement des industries locales ou qui réduisent les impacts négatifs de leurs activités sur l'environnement, la santé etc[594]. De plus, l'État d'accueil peut ordonner aux investisseurs étrangers de s'engager à produire des technologies et de nouvelles connaissances sur son territoire au lieu de les importer. Les exigences d'activités de R&D sont très prisées par les agences de promotion des investissements et sont adoptées le plus souvent comme des mesures incitatives.

---

**589** *Idem.*

**590** Voir UNCTAD, *Foreign Investments and Performance Requirements : New evidence from selected countries*, op. cit. , p. 29. Plus approfondir, voir aussi UNCTAD, *Transfer of Technology*, Series on Issues in International Investment Agreements, UN Doc,UNCTAD/ITE/IIT/28, 2001, 135 p, disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/psiteiitd28.en.pdf, consulté le 12 mai 2021.

**591**SAGGI (K.), *Trade, Foreign Direct Investment, and International Technology Transfer : A Survey,* Policy Research Working Paper, 2349, The World Bank, May 2000, pp. 22-24, disponible sur https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/d69ddc6b-cd58-5b0e-b80f-f436e4c137c1/content, consulté le 13 mai 2021.

**592** En son article 7 (d), l'ECOWIC prévoit que les États membres tiennent compte de *« l'utilisation de technologies et d'équipements appropriés »* dans l'évaluation de l'investissement proposé.

**593** Cf. Article 31 § 5 (b) de l'ECOWIC.

**594** NIKIEMA (S.H.), *Les prescriptions de résultat dans les traités d'investissements, op. cit*., p. 3.

Les exigences prévues par les accords régionaux africains d'investissement pour le développement de l'expertise locale touchent aussi, sans doute, à la possibilité de l'État d'accueil d'imposer ou d'encourager la co-entreprise (*joint-venture*) et un minimum de participation nationale au capital de la société étrangère. Les prescriptions de conclure des arrangements de co-entreprise avec les opérateurs économiques nationaux offrent la garantie que les rênes des secteurs-clés de l'économie locale ne seront pas tenues par des investisseurs étrangers. Elles contribuent à l'érection d'entreprises nationales de premier plan dans un secteur donné, grâce à l'expérience et les compétences acquises dans les firmes étrangères. Les mesures qui imposent un minimum de capitaux nationaux dans le capital des sociétés étrangères permettent de créer des situations de rentes au profit des entrepreneurs locaux[595].

Le droit des États d'accueil de recourir à ces mesures répond à la volonté des CER africaines de provoquer des effets d'entrainement horizontaux par le biais des investissements étrangers, notamment le transfert de moyens, de compétences et de bonnes pratiques de gestion d'entreprise au profit des ressortissants de leurs États membres. Ces effets ont l'avantage d'élever le niveau de compétitivité des entrepreneurs locaux dans leur secteur et d'accroître les chances de productivité dans d'autres secteurs non connexes[596]. L'économique est amplement ciblé par ces mesures. Mais le social n'est pas du tout négligé.

## B. L'admissibilité des exigences de développement social

Il y a une corrélation évidente entre les investissements étrangers et le développement. Lorsque le développement social est évoqué, de nombreux indicateurs non-économiques sont également convoqués. Les questions environnementales, l'emploi et les conditions de vie des populations sont entre autres paramètres considérés pour mesurer son effectivité[597]. Désireux de faire des investissements étrangers un moteur de développement social, les accords régionaux africains d'investissement exigent leur participation à l'emploi et à la formation des ressortissants des États hôtes **(1)**, ainsi qu'à la réalisation d'œuvres sociales dans leur ressort d'activité **(2).**

---

**595** UNCTAD, *Foreign Investments and Performance Requirements : New evidence from selected countries*, *op. cit.* , pp. 24-25.

**596** COSBEY (A.), MANN (H.), CUNNINGHAM (M.), *Les traités bilatéraux d'investissement, l'exploitation minière et les champions nationaux: en assurer le succès, op. cit.,* p. 9.

**597** Voir COLEN (L.), MAERTENS (M.), SWINNEN (J.), « Foreign direct investment as an engine for economic growth and human development : A review of arguments and empirical evidence », *in* DE SCHUTTER (O.), SWINNEN (J.), WOUTERS (J.), *Foreign direct investment and human development, op. cit*., pp. 70-71.

## *1. Le recrutement et la formation d'employés locaux*

L'analyse de la nouvelle génération d'accords régionaux d'investissement met en exergue des exigences d'embaucher et de former des employés locaux. La *SADC Model BIT,* le Modèle de traité d'investissement de la CAE et l'Accord révisé du COMESA énoncent la prérogative des États membres de prendre des mesures qui correspondent à leur vision de *« increase employment, increase human resource capacity […] »*[598]. Le nouveau code des investissements de la CEDEAO ne fait pas exception : il impose *« la création d'emplois et la formation professionnelle »*[599] à tout opérateur économique étranger qui voudrait opérer sur le territoire d'un État membre. Le contenu du PFI révisé de la SADC montre bien qu'il convie les investisseurs étrangers à accorder la priorité à l'emploi et à la promotion des ressortissants des États d'accueil. Aux termes de l'article 9 de ce Protocole, ces derniers ne les autorisent à embaucher des employés d'une nationalité étrangère que dans les circonstances suivantes : *« a) lorsque les compétences n'existent ni dans l'État d'accueil ni dans la région ; b) lorsque les États parties s'estiment satisfaits de ce que le recrutement de ces compétences est conforme aux politiques régionales ; c) lorsque le recrutement est de nature à favoriser le développement des capacités locales grâce au transfert de compétences »*[600].

En envisageant des exigences aux fins de l'augmentation d'emplois et de la formation des ressortissants des États hôtes, ces textes africains adoptent une démarche qui transcende la nouvelle tendance du régime international des investissements. Leur démarche trouve évidemment sa justification dans l'ambition des CER africaines de résorber le taux élevé de chômage et de sous-emploi sur un continent où la population juvénile est en explosion. L'enjeu est d'élargir et de diversifier le marché de l'emploi en amenant les entreprises étrangères à s'impliquer pleinement dans le recrutement de la main d'œuvre locale et dans le développement des ressources humaines à leur disposition.

Les exigences en matière d'emploi et de formation prennent, elles aussi, la forme de mesures incitatives ou de mesures impératives. Dans le premier cas, un État d'accueil est à même de requérir d'un investisseur étranger qu'il respecte un seuil d'embauche fixé afin de bénéficier d'un traitement fiscal préférentiel. Le Botswana n'a cessé de surprendre. Là-bas,

---

**598** Cf. Article 21 § 2 (b) de la *SADC Model BIT*, Article 16 § 2 du modèle de traité d'investissement de la CAE, Article 13 (c) de l'Accord révisé du COMESA.

**599** Article 31 § 7 (c) de l'ECOWIC.

**600** Article 9 du PFI révisé de la SADC. L'article 16 de l'Accord révisé du COMESA et l'article 30 § 3 (ii) de l'ECOWIC prévoient des dispositions similaires.

tout projet d'investissement qui inclut le recrutement de 100 employés locaux bénéficie d'un site d'implantation gratuit sur une période de 10 ans. Les allègements fiscaux deviennent plus importants en fonction de l'augmentation du nombre d'emplois créés[601]. Dans le second cas, c'est-à-dire, lorsque ces exigences sont obligatoires, l'investisseur étranger est contraint d'embaucher un certain pourcentage d'employés ou de dirigeants parmi les nationaux avant son admission ou durant ses activités sur le territoire de l'État d'accueil[602].

Les accords régionaux africains font partie des rares conventions d'investissement à prévoir des exigences imposant l'occupation de postes managériaux et spécifiques par les ressortissants des États d'accueil dans les entreprises étrangères. La *SADC Model BIT* et le Modèle de traité de la CAE sont très exemplaires en ce qui concerne ces exigences. On peut y noter que *« a State Party may require an Investor of the other Party or its Investment, in keeping with its size and nature, to have progressive increases in the number of senior management, executive or specialized knowledge positions that nationals of the Host State occupy […] »*[603].

À l'échelle nationale, l'Afrique du Sud a recouru à ces exigences dans sa *« Black Economic Empowerment Act »* (BEE) dans l'optique de résoudre le déséquilibre du marché de l'emploi observé à la suite de l'Apartheid[604]. Cette mesure de responsabilisation économique des noirs, loin de prôner le contrôle des biens et des entreprises appartenant aux investisseurs étrangers, visait à restaurer à la population noire son honneur et sa légitime part de richesses nationales. Ce fut un pari gagné, car la BEE a effectivement contribué à accroître les revenus d'une frange de la population autrefois marginalisée[605].

Les exigences de formation des employés restent raisonnablement dans la lignée des mesures destinées à promouvoir les dirigeants nationaux dans les entreprises étrangères. Conformément aux instruments juridiques régionaux étudiés, les États d'accueil ont le droit d'imposer aux investisseurs étrangers l'institution de programmes de formation et de mentorat destinés à combler le manque de compétences appropriées aux postes de

---

**601** COSBEY (A.), MANN (H.), CUNNINGHAM (M.), *Les traités bilatéraux d'investissement, l'exploitation minière et les champions nationaux: en assurer le succès, op. cit.,* p. 12.
**602** *Ibidem*, pp. 12-13.
**603** Cf. article 7 § 4 de la SADC Model BIT et l'article 8 § 4 du Modèle de traité d'investissement de la CAE.
**604** La « Black Economic Empowerment Act » est une loi adoptée par l'État sud-africain en vue de favoriser l'autonomie financière de la population noire. Elle définit le contrôle de direction, c'est-à-dire, l'effectif du personnel dirigeant issu de la population noire comme un des piliers de notation des entreprises.
**605** BONOMO (S.), *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements et souveraineté des États, op. cit*., p. 153.

responsabilité[606]. De telles exigences ont été exploitées avec succès par les pays en développement, à l'instar de l'Afrique du Sud, la Malaisie et le Brésil[607].

Les mesures visant à promouvoir l'emploi et la formation de leurs ressortissants peuvent également être conçues comme des clauses contractuelles désignées *« contenu local »* ou *« part locale »,* des obligations par lesquelles un investisseur étranger prend l'engagement d'embaucher et de former une partie significative de personnel local pour limiter la part des professionnels expatriés[608]. Pour les besoins de son activité, et obéissant à ces obligations, l'investisseur étranger devra nécessairement employer un pourcentage précis de salariés locaux ou faire appel à des fournisseurs ou à des sous-traitants originaires de son État cocontractant[609].

Peu importe leur nature, si ces exigences de performance sont présentes dans les nouveaux accords africains d'investissement, c'est parce qu'elles sont porteuses d'une promesse de création d'une chaine de valeur générant de nombreux emplois. Elles se projettent au-delà du secteur purement lucratif comme celui des hydrocarbures[610] pour caresser l'espoir de réalisation d'œuvres sociales par les investisseurs étrangers.

### *2. Le financement ou la réalisation d'œuvres sociales*

Dès leur préambule, les accords régionaux africains considèrent le développement social comme l'un des piliers du développement durable[611]. Dans le corps de ces textes, l'on se

---

**606** Article 7 § 4 de la SADC Model BIT, Article 8 § 4 du Modèle de traité d'investissement de la CAE.

**607** L'Afrique du Sud et la Malaisie ont réussi à améliorer les compétences d'un certain nombre d'employés locaux en instaurant des fonds de développement des compétences auxquels les investisseurs étrangers largement contribué. Par ce biais, ces deux pays ont également pu juguler quelques injustices raciales sur le marché de l'emploi. Voir UNCTAD, *Foreign Investments and Performance Requirements : New Evidence from Selected Countries*, *op. cit.* , pp. 30-31. Au Brésil, depuis 1990, le gouvernement a perçu des redevances dans le cadre du Fonds sectoriel pétrole et gaz. Il est rapporté que depuis 1999, ce fonds a servi à octroyer plus de 5000 bourses d'études supérieures spécialisées aux professionnels du secteur du pétrole, du gaz et des biocarburants. Voir KORINEK (J.), *Mineral resources trade in Chile : Contribution to development and policy implications,* OECD Trade Policy Papers N°145, 2013, 58 p., disponible sur https://www.oecd-ilibrary.org/trade/mineral-resource-trade-in-chile_5k4bw6twpf24-en;jsessionid=SzA1LiIOrSJYIV8Qm4A1UpVqIBhLmmVUCbM9G26q.ip-10-240-5-49, consulté le 27 juin 2021.

**608** DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.,* p. 439.

**609** AUDIT (M.), « Les obligations relatives à la part 'part locale' dans les contrats d'État », *in* SFDI, *Droit international et développement*, Colloque de Lyon, Paris, Pedone, 2015, p. 198.

**610**SECK (A.), « Contenu local et traités d'investissements au Sénégal : cohabitation harmonieuse ou incompatibilité d'humeurs ? », *CERACLE,* 2020, p. 1, disponible sur https://ceracle.com/wp-content/uploads/2020/03/Contenu-local-et-trait%C3%A9s-dinvestissement-au-S%C3%A9n%C3%A9gal-Assane-SECK-1.pdf, consulté le 11 juillet 2021.

**611** Dans leurs nouveaux textes relatifs aux investissements, CER africaines reconnaissent que le développement durable requiert la concrétisation des objectifs de développement économique, social et environnemental. Ces trois aspects du développement (économique, social et environnemental) en constituent

convainc davantage que rien ne bride la possibilité des États d'accueil de prescrire des résultats qu'ils estiment utiles à l'amélioration des conditions de vie des populations vivant dans les zones où des opérations d'investissement ont cours. Il est interdit aux investisseurs étrangers, dans la poursuite de leurs intérêts économiques, d'entraver le développement social des régions dans lesquelles ils opèrent. Dans le dessein d'assurer le bien-être des collectivités d'accueil, tant sur le plan économique que social, les États d'accueil ont ainsi le droit de les contraindre à s'engager dans des pratiques spécifiques. Hormis les exigences de développement économique et celles visant l'emploi et la formation de leurs nationaux, ceux-ci sont autorisés à envisager *« other benefits of investment through the use of specified requirements on investors made at the time of the establishment or acquisition of the investment or applied during its operation* »[612].

Dans la poursuite des « autres bénéfices » issus des investissements étrangers, les États d'accueil sont dotés du pouvoir d'exiger de la part des opérateurs économiques étrangers, des engagements à contribuer à la réalisation de certaines infrastructures dans les collectivités où ils sont basés. Ces derniers peuvent financer ou construire des voies de communication, telles que des ponts, des routes ou des pistes rurales ; des infrastructures sanitaires (hôpitaux, dispensaires, centres d'accouchement) et socio-éducatives (écoles, centres de formation, centres de réinsertion professionnelle), etc. Etant donné que les instruments régionaux africains reconnaissent ouvertement la contribution des investissements à la réduction de la pauvreté dans les CER[613], les États d'accueil ont la faculté d'astreindre ou d'inciter les investisseurs étrangers à entreprendre des œuvres caritatives ou tous projets ayant pour finalité d'augmenter les revenus ou de favoriser le bien-être des riverains.

L'exemple des obligations relatives à la part locale, contenues dans les contrats d'État ou d'investissement, est de nouveau édifiant à ce propos. En annexe à l'embauche et la formation du personnel local dans leur entreprise, les investisseurs étrangers peuvent être conviés à participer à l'édification d'établissements de santé ou d'enseignement, ou à *« financer des systèmes de microcrédit dans la région d'édification de l'infrastructure ou*

---

les piliers. Lire surtout les préambules de la *SADC Model BIT*, du Modèle de traité d'investissement de la CAE, de l'ECOWIC etc.

**612** Cf. Article 21 § 2 (b) de la *SADC Model BIT*, Article 16 § 2 du modèle de traité d'investissement de la CAE, Article 13 (c) de l'Accord révisé du COMESA.

**613** Cf. Préambule de la SADC Model BIT, du Modèle de traité d'investissement de la CAE, de l'ECOWIC.

*d'exploitation de la ressource naturelle faisant l'objet du contrat »*[614]. Nul doute que dans les futurs contrats d'investissement conclus par les États africains, ces obligations de *local content*, à la lumière des réformes opérées par les CER, seront de rédaction plus sophistiquée, pour une plus grande efficacité.

L'Indonésie dispose déjà d'un modèle fort exemplaire pour les États africains. Il s'agit notamment de sa réglementation imposant aux investisseurs étrangers dans le secteur gazier et pétrolier, un pourcentage de « coût local » sur le coût global du bien acquis ou du service requis[615]; tout ceci pour contribuer au développement économique et social du pays. Selon Mathias Audit, cette réglementation est *« l'une des plus élaborées au monde et, à ce titre, elle est de nature à influencer d'autres droits internes d'États dotés de ressources naturelles »*[616].

Pour corriger certaines inégalités existantes parmi leurs populations ou pour soutenir certaines couches sociales défavorisées, les États d'accueil sont, au surplus, en mesure d'exercer leur prérogative de prescrire des résultats. Quelques accords régionaux énoncent qu'ils ont le droit de prendre des *« measures necessary to adress historically based economic disparities suffered by identificable ethnic and cultural groups due to discriminatory or oppressive measures against such groups […] »*[617]. Signalons que cette disposition est rare dans les traités d'investissement, d'autant qu'elle est née des traités d'investissement de l'Afrique du Sud, dont l'objectif était de s'aligner sur les mesures adoptées par l'État dans la loi d'autonomisation économique de la population noire. Disposition authentique et répondant à des besoins spécifiques, elle est désormais prévue dans la plupart des instruments africains d'investissement[618].

---

[614] AUDIT (M.), « Les obligations relatives à la part 'part locale' dans les contrats d'État », *op. cit.,* pp. 198-199.

[615] Official Regulation N°15/2013 of the Ministry of Energy and Mineral Resources. Pour approfondir, Voir LIMENTA (M.), ING (L. Y.), Indonesia's Local Content Requirements : Assessment with WTO Rules, ERIA Discussion Paper Series, N°414, January 2022, 32 p, disponible sur https://www.eria.org/uploads/media/discussion-papers/FY21/Indonesias-Local-Content-Requirement-WTO-Rules.pdf, consulté le 11 juillet 2021. CCSI, *Local Content, Indonesia – Petroleum*, November 2020, 17 p, disponible sur https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/Local%20Content%20-%20Indonesia%20Petroleum%20-%20CCSI%20-%20November%202020.pdf, consulté le 11 juillet 2021.

[616] AUDIT (M.), « Les obligations relatives à la part 'part locale' dans les contrats d'État », *op. cit.,* p. 202.

[617] Cf. Article 21 § 3 de la *SADC Model BIT*, Article 16 § 3 du Modèle de traité d'investissement de la CAE, Article 13 (d) de l'Accord révisé du COMESA.

[618] Si cette disposition n'est pas prévue comme une exigence de performance, elle l'est sous forme d'exception générale aux standards de protection des investisseurs. L'ECOWIC prévoit une disposition similaire comme exception à la clause de la nation la plus favorisée en son article 9 § 1 (g).

Tous les accords régionaux d'investissement étudiés, quelle que soit la CER dans laquelle ils ont été élaborés, affichent une approche novatrice du droit des investissements. Ils vont parfois jusqu'à se désolidariser du régime international en vigueur en la matière. Lorsqu'un accord régional martèle sur le droit de l'État d'accueil de prendre *« toutes les mesures réglementaires et autres »* pour s'assurer que le développement qui a lieu sur son territoire est conforme à ses objectifs de politique sociale et économique[619] ; et qu'un autre rappelle aux investisseurs étrangers qu'*« ils doivent être sensibles aux changements des objectifs sociaux et économiques de leurs pays d'accueil »*[620], il n'y a plus de place au doute quant au volontarisme normatif africain. Contre certains principes globalement promus, à l'instar de l'interdiction de la prescription de résultat, la participation des investisseurs étrangers à la mise en œuvre des projets économiques et sociaux des États d'accueil est devenue exigible dans la nouvelle génération d'accords régionaux africains d'investissement.

**619** Article 12 du PFI révisé de la SADC.
**620**Article 31 § 3 de l'ECOWIC.

## Conclusion

La nouvelle génération d'accords régionaux africains d'investissement est bien imprégnée des droits des États d'accueil. Fruit de la volonté des CER africaines de développer des politiques qui concilient les intérêts de leurs États membres et la protection des investisseurs étrangers, le droit de réglementation constitue la clé de voûte des négociations de ces nouveaux textes. Désormais, ils y font référence avec la plus grande précision possible en vue de la protection des intérêts les plus cruciaux des États d'accueil des investissements. Bien plus, la prévision du droit des États d'accueil de prescrire des résultats aux investisseurs étrangers marque un réveil des CER africaines. Toute une audace qui n'est pas pour autant étonnante : les États africains ont toujours gardé le développement durable en ligne de mire. Il importe toutefois de préciser que ces prérogatives reconnues aux États d'accueil sont assorties de la condition que les mesures adoptées soient exemptes d'arbitraire ou de discrimination injustifiable, et qu'elles soient dépouillées de restrictions attentatoires aux flux des investissements.

# *Conclusion du Titre I*

Dans leurs efforts de maitriser leur environnement juridique en matière d'investissement, les CER africaines, guidées par leur ambition, ont élaboré des textes qui leur assurent la poursuite et l'amélioration de leurs objectifs de développement. L'œuvre normative de la SADC, de la CAE, du COMESA et de la CEDEAO en matière d'investissement est particulièrement saisissante. Les différents instruments juridiques adoptés par ces CER ont eu un effet réformateur sur leurs régimes juridiques respectifs.

Bien qu'ils contiennent quelques nuances rédactionnelles, il est incontestable que ces textes répondent à des expectatives qui, elles, sont convergentes : corriger les conditions inéquitables décelées dans les traités d'investissement existants. À ce propos, les États africains ont réitéré leur détermination comme suit : *« la volonté de protéger et d'encourager l'investissement ne doit pas compromettre notre capacité de poursuivre des objectifs de politique publique. Nous nous efforcerons de rédiger des accords relatifs au commerce et à l'investissement comportant des garanties appropriées de façon à ne pas empêcher l'adoption de politiques et de lois allant dans le sens de l'intérêt général »*[621]. En substance, l'on retient que la protection des investisseurs ne doit plus éclipser les droits des États d'accueil.

Lentement mais sûrement, la marche des CER africaines vers une rentabilisation des investissements est lancée, augurant des perspectives heureuses avec les nouveaux textes adoptés. Alors que les TBI traditionnels apparaissent comme un travail de sape des intérêts des États d'accueil, la nouvelle génération d'accords régionaux africains d'investissement effectue une opération de sage qui débouche sur un rééquilibrage des rapports de force entre toutes les parties aux conventions d'investissement.

**621** Cette déclaration a été faite par les États membres de l'Union africaine dans le *Programme d'action d'Addis-Abeba,* à l'occasion de la troisième Conférence ministérielle sur le financement du développement. Voir CNUCED, *Réforme du régime juridique des accords internationaux d'investissement : Phase 2*, Genève, juillet 2017, p. 12, disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/ciimem4d14_fr.pdf, consulté le 23 juin 2021.

# *TITRE II.*

## *UNE RESTAURATION JUDICIEUSE DE L'ÉQUILIBRE ENTRE LES PARTIES PRENANTES*

*« Le régime international des investissements est plein de bonté à l'égard des investisseurs »*[622]. Le déséquilibre a longtemps caractérisé la grande majorité des traités d'investissement aussi bien sur le plan substantiel que procédural. Les TBI prévoient généralement un chapelet de garanties et de droits au profit des investisseurs pendant qu'ils font peser les obligations exclusivement sur les États hôtes. Dans l'affaire *Spyridon Roussalis c/ Roumanie*, le Tribunal arbitral du CIRDI est allé jusqu'à admettre que *« le TBI n'impose pas des obligations aux investisseurs, mais seulement aux États contractants »*[623]. Le contenu biaisé de ces traités est le résultat des choix délibérés des États contractants ou du manque d'expérience des négociateurs qui ne mesurent pas les implications et les potentielles conséquences des dispositions qu'ils négocient[624]. Les nouveaux instruments juridiques des CER africaines ont abandonné le régime surprotecteur des investisseurs qui a longtemps régné dans leurs différentes conventions conclues en matière d'investissement.

Les CER africaines voudraient affranchir leurs États membres de l'idée de favoriser des investissements « à tout prix »[625] pour s'atteler à celle de la promotion des investissements en mesure de faciliter la croissance socio-économique des États hôtes. D'une part, cette volonté s'est matérialisée par la prévision d'obligations à la charge des investisseurs. Si, autrefois cela pouvait choquer, de nos jours, des obligations économiques et extra-économiques sont systématiquement intégrées aux dispositifs des accords régionaux africains d'investissement **(Chapitre I).** Il n'est pas question d'une simple coloration des textes avec des obligations parcellaires dans le préambule, *« il s'agit véritablement de créer du droit puisque le dispositif s'impose aux parties »*[626]. D'autre part, les CER africaines ont décidé de réadapter les mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements **(Chapitre II).**

---

[622] MBENGUE (M. M.), « Les obligations des investisseurs », *op. cit.,* p. 296.

[623] La traduction est de nous. *« the BIT imposes no obligations on investors, only on contracting States ».* CIRDI Affaire N° ARB/06/1, Sentence arbitrale du 7 décembre 2011, § 871.

[624]DENTERS (E.), GAZZINI (T.), « The Role of African regional Organizations in the Promotion and Protection of Foreign Investment », *op. cit.,* p. 479.

[625]MBAYE (M. M.), *L'accaparement des terres en Afrique au regard du droit international des investissements : situation actuelle et enjeux,* Mémoire de Master en droit, Université de Genève, 2015-2016, p.78, disponible sur https://archive-ouverte.unige.ch/unige:88449, consulté le 13 janvier 2020.

[626]*Ibidem,* p. 477.

# Chapitre I.

# La prévision d'obligations à la charge des investisseurs

Pour venir à bout de l'asymétrie ambiante entre les États d'accueil et les investisseurs, la prévision d'obligations à la charge des investisseurs est un moyen incontournable[627]. L'Institut International de Développement Durable, dans son *Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable*, élaboré en 2006, a impulsé l'idée de la responsabilisation des investisseurs étrangers[628]. Malgré la réticence de plusieurs États à souscrire à cette approche, les CER africaines, elles, ont décidé de franchir le rubicond de la protection démesurée des investisseurs pour déboucher sur l'introduction d'obligations à la charge de ces derniers.

S'il y a une obligation à considérer comme socle des obligations directes des investisseurs, c'est bien la clause de la « conformité à la législation » de l'État d'accueil des investissements. Il s'agit d'une obligation générale opposable aux investisseurs étrangers qui a pour effet d'opérer *de jure* un renvoi au droit interne de l'État hôte à toutes les phases d'établissement d'un investissement étranger[629]. Elle est présente dans les nouveaux accords régionaux africains.

Cependant, ces accords renferment des devoirs et des obligations bien plus audacieux. Les investisseurs sont, en effet, tenus de respecter des obligations en lien direct avec leurs activités d'investissement. La prévision de ces obligations à leur charge est assurément importante **(Section I).** De même, les CER africaines n'ont pas hésité à incorporer d'autres obligations exorbitantes du secteur purement économique, les *« non-investment concerns* », bien que celles-ci paraissent antinomiques avec les intérêts privés des opérateurs économiques étrangers. **(Section II).**

---

[627] IISD, *Integrating Investors' Obligations and Corporate Accountability Provisions to Trade and Investment Agreements*, Report of the experts meeting held in Versoix, Switzerland, January 11-12, 2018, p. 5.

[628] MANN (M.) et al., *Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable*, Guide du négociateur, Institut International du Développement Durable, 2006, pp. 28-35, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/investment_model_int_handbook_fr.pdf, consulté le 15 septembre 2021.

[629] MBENGUE (M. M.), « Les obligations des investisseurs », *op. cit.,* p. 308.

## SECTION I. DES OBLIGATIONS STRICTEMENT LIÉES AUX OPÉRATIONS D'INVESTISSEMENT

Les accords régionaux africains d'investissement n'entrent plus dans la catégorie des instruments juridiques d'investissement qui prévoient une pluralité de garanties aux investisseurs au détriment des États hôtes. Ils incluent désormais des dispositions qui obligent les investisseurs étrangers à agir de manière irrépréhensible dans leurs activités. Ces textes exigent avant tout une bonne gouvernance d'entreprise de la part des investisseurs étrangers **(§1)** et insistent sur leur devoir de conduire les affaires de manière responsable, en faisant preuve d'éthique et de transparence dans toutes les circonstances mettant en jeu leurs investissements **(§ 2).**

### §1. L'EXIGENCE D'UNE BONNE GOUVERNANCE D'ENTREPRISE

La gouvernance d'entreprise[630] est appréhendée comme « *l'ensemble des mécanismes qui ont pour effet de délimiter les pouvoirs et d'influencer les décisions des dirigeants, autrement dit, qui 'gouvernent leur conduite' et définissent leur espace discrétionnaire* »[631]. Les investisseurs opérant sur le territoire d'un État hôte sont contraints d'observer les normes et les meilleures pratiques en la matière dans l'espace régional économique où ils sont installés **(A).** Pour ce faire, ils sont appelés à respecter certaines règles de transparence **(B).**

#### A. Le respect des meilleures pratiques de gouvernance d'entreprise

Considérée comme *« le management du management »*[632], la gouvernance d'entreprise fournit des « règles de jeu » claires, des poids et des contrepoids tendant à semer les valeurs d'intégrité, de transparence et de responsabilité dans la direction d'une entreprise[633]. *« L'entreprise privée, transnationale de surcroît, est détentrice d'une puissance composite.*

---

**630** Sur la valeur et la portée des normes de gouvernance d'entreprise, voir DUHAMEL (J-C.), *Valeur de la gouvernance d'entreprise et gouvernance des valeurs de l'entreprise,* Rapport de recherche, Septembre 2017, pp. 10-23, disponible sur http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/11/Rapport-final-Valeurs-de-gouvernance-Gouvernance-des-valeurs-Duhamel-Sefsaf-2.pdf, consulté le 10 octobre 2021.

**631** CHARREAUX (G.) (dir.), *Le gouvernement de l'entreprise : Corporate Governance, Théories et Faits,* Economica, Paris, 1997, cité par MAZUYER (E.), *Quel cadre juridique pour une mise en œuvre effective des codes de gouvernance d'entreprise?*, Rapport final, Avril 2017, p. 12 ; disponible sur http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/05/Rapport-final-Mazuyer-1.pdf, consulté le 11 octobre 2021.

**632** WIRTZ (P.), *Les meilleures pratiques de gouvernance d'entreprises,* La découverte, Paris, 2008, cité par COULEE (F.), MOTTE-BAUMVOL (J.), *L'effectivité des codes de gouvernance d'entreprise, de l'intérêt du droit international pour apprécier l'opportunité d'une réforme législative en France*, Rapport de recherche, février 2018, p. 12, disponible sur http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2018/04/14.16.Rapport-Mission-droit-et-justice-FINAL.pdf, consulté le 11 octobre 2021.

**633** *Ibidem*, p. 3.

*Elle est sources de normes qui lui sont à la fois propres et standardisées »*[634]. De ce fait, l'exigence d'une bonne gouvernance d'entreprise par les investisseurs étrangers, englobant une diversité de normes de conduite **(2),** est d'une importance capitale **(1).**

## *1. Une exigence capitale*

La gouvernance d'entreprise entretient un lien avec la protection des investisseurs, certes[635]. Mais elle occupe une place importante parmi les obligations directes prévues par les accords régionaux africains à leur charge. L'Accord révisé du COMESA énonce que « *COMESA Investors and their Investments shall meet or exceed national and internationally accepted standards of corporate governance for the sector involved, in particular for transparency and in the application of internationally accepted accounting standards »*[636]. Des dispositions similaires sont lisibles dans la *SADC Model BIT*[637], à la différence que le texte du COMESA a mis plus d'emphase sur cette obligation en demandant aux États, aux organes publics et aux entreprises de *« improve the legal, institutional and regulatory framework for corporate governance that result from the separation of owership and control and any other issues relevant to a company's decision-making process, such as environmental or ethical concerns […] »*[638].

Dans l'espace CEDEAO, les rédacteurs de l'ECOWIC n'ont fait que marcher sur les traces de l'Acte additionnel de 2008 qui contraignait les investisseurs à observer les normes de gouvernance d'entreprise[639]. Ils obligent les investisseurs à *« respecter toutes les meilleures pratiques internationales, régionales et nationales en matière de gouvernance d'entreprise dans la région CEDEAO afin de promouvoir une responsabilité et une transparence accrue des affaires dans la région »*[640]. Dans cette optique, cet instrument juridique établit une kyrielle de devoirs à remplir par toutes les parties prenantes. Alors que les premiers n'ont qu'à adopter ou à maintenir un cadre juridique et réglementaire national en matière de gouvernance d'entreprise[641], les seconds sont astreints à adopter et à mettre en

---

**634** LAROUER (M.), « La protection des investissements éthiques par les normes internes des entreprises », in MAUREL (R.), (dir.), *Le droit international des investissements au prisme de l'éthique*, Lexis Nexis, 2021, p. 82.
**635** LA PORTA (R.), LOPES-DE-SILANES (F.), et al., « Investor Protection and Corporate Governance », *Journal of Financial Economics,* vol. 58, 2000, p. 7.
**636** Article 26 § 1 de l'Accord révisé du COMESA.
**637**Cf. Article 16 § 1 du Modèle de TBI de la SADC.
**638** Article 26 § 1 de l'Accord révisé du COMESA.
**639** Cf. Article 15 § 1 de l'Acte additionnel de 2008.
**640**Article 34 § 1 de l'ECOWIC.
**641** Article 34 § 3 de l'ECOWIC.

œuvre toute une série de mesures. En effet, ceux-ci doivent *« a) traiter équitablement tous les actionnaires […] b) encourager une coopération active entre les entreprises et les parties prenantes dans la création de richesses, d'emplois et la pérennité d'entreprises financièrement saines ; c) veiller à ce que tous les éléments pertinents relatifs, entre autres, à la situation financière, la performance, la propriété et à la gouvernance de l'entreprise, aux risques liés aux responsabilités en matière environnementale et à toute autre question conformément aux réglementations et exigences pertinentes, soient divulgués en temps opportun et avec précision ; d) les informations relatives aux politiques des ressources humaines ; et d) toute autre exigence convenue et adoptée par les États membres en vertu du présent Code et de l'ECOWICPF [Cadre de Politique d'Investissement de la CEDEAO]; f) se conformer aux pratiques d'information financière, de divulgation, de comptabilité et de vérification répondant aux exigences des Normes internationales d'information financière (IFRS) »*[642].

Il convient de relever que le Modèle de traité d'investissement de la CAE n'a pas expressément prévu l'obligation de respecter les meilleures pratiques de gouvernance d'entreprise. Parmi les instruments juridiques analysés, c'est le seul qui n'insère pas ouvertement cette obligation. Toutefois, à l'analyse de ce texte, on est tenté de dire que l'exigence de respect des meilleures pratiques de gouvernance d'entreprise ne sont pas totalement ignorées, en ce sens que les dispositions de son article 12 incluent quelques pratiques de bonne gouvernance de l'entreprise[643] ; ce qui offre la garantie aux investisseurs que leurs fonds seront utilisés de manière efficiente, transparente et responsable.

Un environnement des affaires sain et prévisible crée des chances d'installation des investisseurs, et de relocalisation de leurs opérations dans les pays hôtes. Les résultats économiques des entreprises s'en trouveront significativement améliorés, et le potentiel économique des États hôtes, subséquemment conforté[644]. Tout cela est favorisé par une bonne gouvernance d'entreprise, une responsabilité englobant plusieurs activités à la fois.

---

**642** Article 34 § 4 de l'ECOWIC.

**643** Cf. Article 12 du Modèle de traité d'investissement de la CAE.

**644** BAD, « La gouvernance d'entreprise », in *Rapport sur le développement en Afrique*, 2011, pp. 150-151, disponible sur https://www.afdb.org/sites/default/files/documents/publications/rapport_sur_le_developpement_en_afrique_2011.pdf, consulté le 10 octobre 2021.

## 2. *Une exigence transversale*

*« Une bonne gouvernance économique, un environnement juridique et réglementaire favorable, des instances de contrôle solides dotées de pouvoirs de coercition, une capacité d'auto-surveillance de la conformité aux règles, un conseil d'administration fort et bien équilibré, ainsi qu'une divulgation d'informations précise et rapide »*[645]. Ainsi se déclinent les principaux objectifs poursuivis par l'exigence d'une bonne gouvernance d'entreprise. À la lumière des dispositions des textes régionaux d'investissement, l'on réalise que les bonnes pratiques de gouvernance d'entreprise exigées sont au confluent des principes comptables et de plusieurs domaines du droit, tels que le droit des sociétés, la réglementation des valeurs mobilières, le droit des faillites, le droit fiscal, le droit du travail etc[646].

En outre, elles sont poreuses à des réglementations relatives à l'environnement et aux droits de l'homme et impliquent de lourdes responsabilités pour les investisseurs. Si la gouvernance d'entreprise a acquis une attention aussi particulière, c'est parce que plusieurs États ont tiré des enseignements de la cascade de faillites d'entreprises enregistrées en différents endroits du monde au début des années 2000[647]. Il fallait absolument rétablir la confiance des investisseurs en prônant des pratiques qui instaurent l'orthodoxie des affaires. Les CER africaines ne voudraient pas laisser les États hôtes faire les frais de la mauvaise conduite des affaires par les investisseurs sur leur territoire.

Les pratiques malsaines observées dans les opérations de certaines entreprises multinationales sont à l'origine des conséquences malheureuses qui ont fini par convaincre les États et l'opinion publique de la nécessité de l'encadrement juridique de la gouvernance d'entreprise[648]. Les rédacteurs du Modèle de TBI de la SADC lient cette nécessité aux dérives des grandes entreprises étrangères, en précisant que cette obligation *« should not be required, but the practices of many multinational companies still make it necessary »*[649]. Le respect des meilleures pratiques de bonne gouvernance d'entreprise permet *« d'obtenir la confiance des investisseurs, d'améliorer l'accès aux marchés de capitaux, de stimuler la*

---

**645** *Ibidem,* p. 149.
**646** OCDE, *Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE, op. cit.,* p. 18.
**647** Voir CNUCED, *Guide des bonnes pratiques en matière d'information sur la gouvernance d'entreprise,* New York-Genève, 2006, Préface, p. V., disponible sur https://unctad.org/fr/system/files/official-document/iteteb20063_fr.pdf , consulté le 10 octobre 2021.
**648** Voir KOULA (B. M.), *Le développement durable dans les traités régionaux africains d'investissement, op. cit.,* p. 245.
**649** Commentaire de l'Article 16 du Modèle de TBI de la SADC.

*croissance et de renforcer les économies »*[650]. C'est ce que semble confirmer la Banque africaine de développement (BAD) lorsqu'elle souligne que cela constitue une *« une condition* sine qua non *du développement du secteur privé en Afrique »*[651]. L'on comprend aisément l'opportunité de l'insertion des obligations relatives à la gouvernance d'entreprise dans la nouvelle génération d'accords régionaux africains d'investissement.

Mêlant plusieurs actions, la gouvernance d'entreprise est l'un des maillons de la chaîne qui mène au développement durable. La démarche des CER africaines en érigeant ce concept en obligation à la charge des investisseurs est compréhensible. Les gouvernements africains ont pu constater que *« la mauvaise gouvernance d'entreprise avait empêché le secteur privé africain de mobiliser les ressources financières sur les marchés financiers nationaux et internationaux et de fonctionner de manière transparente et socialement responsable »*[652]. En revanche, une gouvernance d'entreprise de qualité influe positivement sur l'économie de l'État d'accueil des investissements. Elle est essentiellement évaluée à l'aune des normes de comptabilité, quand bien même d'autres règles de transparence servent également de baromètre pour la mesurer.

## B. L'observation des règles de transparence

En Afrique, les opérations d'investissement constituent parfois un îlot d'opacité sur un continent qui a besoin de transparence dans tous les secteurs et à tous les niveaux. Pour doper les finances et assurer le décollage économique de leurs États membres, les CER africaines, dans leurs traités d'investissement, ont mis en relief l'obligation des investisseurs étrangers de se montrer transparents par la divulgation des informations sur leurs différentes opérations **(1)** et dans les prix de transfert liés aux activités économiques de leurs entreprises **(2)**.

---

**650** TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Renforcer la gouvernance d'entreprise pour lutter contre la corruption,* 03/2009, p. 2, disponible sur https://images.transparencycdn.org/images/2009_3_PP_CorporateGovernance_FR.pdf, consulté le 10 octobre 2021.

**651** BAD, *Le développement du secteur privé comme moteur de développement économique en Afrique,* Rapport sur le développement en Afrique, Tunis, 2011, p. 149, disponible sur https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Publications/Rapport%20sur%20le%20d%C3%A9veloppement%20en%20Afrique%202011%20-%20Chapitre%207-La%20gouvernance%20d%E2%80%99entreprise.pdf, consulté le 12 octobre 2021.

**652** *Ibidem,* p. 149.

## *1. Le devoir de transparence par la divulgation d'informations*

La divulgation d'informations sur la vie d'une entreprise tenue par un investisseur est un indicateur de transparence. Elle consiste en la communication d'importantes informations par les chefs et cadres d'entreprises à l'endroit des investisseurs actionnaires et prêteurs et à d'autres parties prenantes comme les responsables politiques, les organes fiscaux, les autorités de réglementation, les employés et les citoyens en général[653]. Plus qu'un simple facteur du bon fonctionnement des marchés financiers dans l'État d'accueil des investissements, la divulgation d'informations par les investisseurs fournit aux pouvoirs publics, des éléments utiles à l'évaluation de la qualité de la gestion, et de prendre des décisions politiques et économiques nécessaires à la réalisation de leurs objectifs de développement[654]. Les prescriptions relatives à la divulgation des informations par les investisseurs sont généralement énoncées dans la législation nationale, les règles de cotation, les principes comptables internationalement acceptés et les normes internationales d'information financière[655].

La nouvelle génération d'accords régionaux africains d'investissement soumet les opérateurs économiques étrangers à la divulgation des informations concernant leurs entreprises dans le but d'assurer la transparence dans les négociations et dans la mise en œuvre des contrats et des traités d'investissement avec les États hôtes. Le Modèle de TBI de la SADC et celui de la CAE sont très exigeants en la matière. Ces textes énoncent que *« Investors or their Investments shall make public in a timely manner all contracts related to the establishment or right to operate an Investment made by the Investor or the Investment with the governement of a Host State »*[656]. Ils obligent également les investisseurs à fournir aux États hôtes des informations vraies et complètes sur leurs activités, la structure de leurs entreprises, leur situation financière, leurs performances, leurs relations avec les filiales et sur d'autres questions d'importance majeure[657]. Le traité révisé du COMESA a envisagé des

---

**653** CNUCED, *Rôle de l'information dans l'évaluation des risques et dans la publication par les entreprises d'informations plus utiles à la prise de décisions,* Note du secrétariat de la CNUCED, Genève, 1-3 novembre 2017, p. 4, disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/ciiisard82_fr.pdf, consulté le 10 octobre 2021.

**654** *Ibidem,* p. 3.

**655** *Ibidem,* p. 2. En ce qui concerne les normes internationales d'information financière, celles énoncées par *l'International Standards Accounting Board* (IASB) constitue une référence. Voir CNUCED, *Guide des bonnes pratiques en matière d'information sur la gouvernance d'entreprise, op. cit*., p. 3.

**656** Article 14 § 1 du Modèle de traité d'investissement de la CAE ; Article 18 § 1 du Modèle de TBI de la SADC

**657** L'article 12 § 1 du Modèle de traité d'investissement de la CAE qui dispose que *« An investor shall provide information to Host State on the investment in question and the corporate history and the practices of the Investor. Investors and Investments my comply with the requirements of the Law of the host State to disclose*

obligations similaires, mais dans des détails moins importants[658]. Les États d'accueil ont droit à des informations exactes et justes de la part des investisseurs. Ces derniers doivent s'abstenir de frauder et de distordre les informations au risque d'être responsable d'une violation de la législation nationale de l'État hôte relative à l'établissement, l'acquisition, la gestion, l'exploitation et l'aliénation des investissements[659].

L'alinéa 4 de l'article 15 de l'ECOWIC est incisif sur l'obligation des investisseurs de divulguer les informations sur leurs résultats financiers et d'exploitation. On peut y lire que *« a) [l]es investisseurs mettent à la disposition du public dans l'État membre où ils opèrent, selon les modalités prescrites par le Conseil MCIC (Marché Commun des Investissements de la CEDEAO), des informations relatives aux paiements effectués aux autorités publiques de l'État membre, y compris les impôts, redevances et autres paiements relatifs au contrat d'investissement ou à l'accord ; b) les informations relatives à tout contrat d'investissement ou accord passé dans le processus d'autorisation d'investissement doivent également être mises à la disposition du public, sous réserve de la protection des informations commerciales confidentielles »*[660].

Dès la phase pré-établissement, un État d'accueil a le droit de demander des informations à un investisseur potentiel sur ses antécédents de gouvernance d'entreprise et ses pratiques en tant qu'investisseur dans son État d'origine ou dans un État tiers[661]. À la phase post-établissement, *« la reconnaissance à la charge de l'investisseur d'une obligation d'informer l'État sur l'exécution de l'investissement est la condition* sin qua non *de l'effectivité du contrôle par l'État de l'exécution des obligations acceptées par investisseurs »*[662].

Le Modèle de traité d'investissement de la CAE est allé encore plus loin que les autres textes en termes d'obligations, en contraignant les investisseurs à révéler la source et à prouver la licéité de leurs fonds dans leur État d'origine ou dans l'État hôte[663]. À cette fin,

---

*true and complete information regarding their activities, structure, financial situation, performance, relationships with affiliates, ownership, governance, or other matters ».* Lire aussi l'article 12 § 1 du Modèle de TBI de la SADC.

**658** Cf. Article 26 § 3 de l'accord révisé du COMESA

**659**Cf. Article 12 § 2 et 3 du Modèle de TBI de la SADC ; Article 12 § 2 et 3 du Modèle de traité d'investissement de la CAE.

**660** Article 15 § 4 (a) (b) de l'ECOWIC. L'article 15 § 2 de l'Acte additionnel de la CEDEAO prévoyait des dispositions similaires mais de manière moins détaillée.

**661** Article 15 § 2 de l'ECOWIC.

**662** MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États. Trente années d'activités du CIRDI, op. cit.,* p. 387.

**663** Ce texte énonce que *« Where required, Investors must also disclose the source and channel of their funds in the Home State or Host State by submitting appropriate documentary evidence establishing the legitimacy of such funds. This disclosure, if requested, shall include any changes in the form or ownership of the enterprise*

la conservation de tous les documents comptables et les états financiers associés aux opérations d'investissement réalisées, est nécessaire. Ces documents serviront de base de calcul et d'évaluation de la compensation due en cas d'une éventuelle violation du traité d'investissement ou des législations de l'État d'accueil ou de l'État d'origine[664].

Il faut souligner que les obligations de divulgation d'informations qui incombent aux investisseurs sont toutefois contrebalancées par le devoir de l'État d'accueil de leur fournir des informations nécessaires à l'évaluation du statut juridique de leurs actifs d'investissement[665]. L'État d'accueil doit s'engager à mettre à la disposition du public ses lois, ses politiques, ses procédures, ses décisions judiciaires et administratives, de même que les accords internationaux ultérieurs pouvant affecter les investissements et les investisseurs étrangers[666]. Bien plus, il est tenu de publier les informations reçues des investisseurs, à l'exception des informations commerciales confidentielles[667].

L'introduction d'obligations de divulgation des informations dans les nouveaux textes régionaux africains d'investissement en valait la peine. Elle contribue à injecter plus de transparence et d'honnêteté dans les opérations d'investissement effectuées dans les membres des CER, car les décisions arbitrales font souvent état de fraude et de distorsion des informations fournies par les investisseurs au sujet de leurs investissements[668]. La vertu de la transparence et son appréhension comme règle juridique à travers la formulation d'obligations de divulgation des informations fait écho au paradigme de la rationalité cartésienne dans sa nature calculative. Seul ce qui est exempt de doute est admis comme

*or other entity located in the Home State and the Host State »* Article 12 § 5 du Modèle de traité d'investissement de la CAE.

**664** Article 12 § 6 du Modèle de traité d'investissement de la CAE.

**665** Article 15 § 1 (c) de l'ECOWIC.

**666** Article 15 § 1 (a) de l'ECOWIC. Des dispositions obligeant les États d'accueil à mettre leurs informations relatives aux traités et aux contrats d'investissement à la disposition du public sont aussi prévues par le Modèle de TBI de la SADC et par le Modèle de traité d'investissement de la CAE. Ces instruments juridiques énoncent que *« The State Party that is the recipient of payments or party to an investment-related contract shall have the right to make the payments and contracts available to the public, including through an Internet site freely accessible to the public »* ; Cf. Article 18 § 4 du Modèle de TBI de la SADC, Article 14 § 4 du Modèle de traité d'investissement de la CAE.

**667** Cf. Article 12 § 4 du Modèle de TBI de la SADC ; Article 12 § 4 du Modèle de traité d'investissement de la CAE.

**668** L'affaire *Inceysa c. Salvador* en est l'exemple le plus remarquable. Voir CIRDI, *Inceysa Vallisoletana S. L. c. République de Salvador,* Affaire n°ARB/03/26, 2 août 2006, disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0424_0.pdf, consulté le 27 septembre 2021.

objet d'information et donc de connaissance[669]. Le même objectif a motivé l'insertion d'obligations sur les prix de transfert dans les accords régionaux africains d'investissement.

### *2. Le devoir de transparence dans les prix de transfert*

Les prix de transfert consistent en la tarification des transactions transfrontalières, intra-firmes entre les parties liées. Ils désignent la détermination de prix pour les transactions entre entreprises affiliées, qui impliquent un transfert de biens ou de services[670]. Ce mécanisme est particulièrement important pour les pays en développement, d'autant plus que les entreprises multinationales opérant des activités d'investissement sur leurs territoires effectuent des transactions intergroupes susceptibles de conduire au transfert des bénéfices des économies en développement vers celles développées[671]. Les prix de transfert font partie du fonctionnement normal des entreprises multinationales.

Néanmoins, ils peuvent être falsifiés. La *Tax Justice Network* affirmait à ce propos que *« les transferts de prix ne sont en soi ni illégaux ni abusifs. Ce qui est illégal ou abusif, c'est la falsification […], autrement connue comme la manipulation des prix de transfert ou l'établissement de prix de transfert abusifs »*[672]. La méthode retenue pour définir les prix des transactions peut ne pas refléter leur valeur véritable. Ce qui entrainerait l'érosion de la base d'imposition, conduirait à une double imposition et, en conséquence, saperait les chances d'investissement[673].

La Banque mondiale atteste que les pratiques abusives dans la détermination des prix de transfert *« portent sérieusement atteinte à la base d'imposition de nombreux pays, et notamment des économies en développement qui y sont particulièrement vulnérables du fait que l'impôt sur les sociétés représente généralement une part plus importante de leurs*

---

**669** Voir MARRA (R.), « Information Asymetry Vs. Communication Isonomy : Some Notes on the Transparency Regulation of Financial Markets », *in* BOSSONE (B.) et al. (dir.), *Legitimacy and Effectiveness in Global Economic Governance,* Cambridge Scholars Publishings, 2013, p. 51.

**670** ONU, *Introduction aux prix de transfert,* Atelier ONU-ATAF sur le prix de transfert : Aspects administratifs et développement récents, Ezulwini, Swaziland, 4-8 décembre 2017, p. 3, disponible sur https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/11/2017TP_J1_01_FR_Introduction-PT.pdf, consulté le 15 octobre 2021.

**671** ONU, *Note d'information,* Atelier ONU-ATAF sur le prix de transfert : Aspects administratifs et développement récents, Ezulwini, Swaziland, 7-8 décembre 2017, p. 2, disponible sur https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/11/2017TP_02_FR_Note-informative.pdf, consulté le 10 octobre 2021.

**672** COOPER (J.), FOX (R.), LOEPRICK (J.), MOHINDRA (J.), *Prix de transfert dans les économies en développement. Un manuel à l'intention des décideurs et des professionnels,* Groupe la Banque Mondiale, Directions du développement, Washington, 2016, p. 3.

**673** ONU, *Introduction aux prix de transfert, op. cit.,* p. 5.

*recettes »*[674]. Cette institution se refuse néanmoins d'être fataliste et précise que les gouvernements des pays affectés par cette situation ont la possibilité de se rattraper à court terme et d'adopter des dispositions anti-abus qui prennent en compte les risques spécifiques auxquels ils sont confrontés[675]. Telle a été la démarche des CER africaines.

L'Accord révisé du COMESA et le Modèle de TBI de la SADC prévoient des dispositions obligeant les investisseurs à faire preuve de transparence dans la définition des prix de transfert. Ces textes énoncent que tous les investisseurs et les investissements effectués dans leurs espaces respectifs doivent *« ensure that all transactions with related or affiliate shall be arm's length transactions at fair market price »*[676]. Ils ajoutent que *« Investors and investments shall not undertake any transfer pricing practices between themselves or any other related or affiliated companies »*[677].

Alors que le Modèle de traité d'investissement de la CAE ne contient pas de dispositions se rapportant directement aux prix de transfert, l'ECOWIC est une référence en la matière sur le continent africain, voire dans le monde. Cet instrument juridique est disert sur les obligations des investisseurs liées aux prix de transfert. Il y consacre un chapitre entier[678] ; preuve que la thématique revêt une dimension capitale pour les États membres de la CEDEAO. L'ECOWIC contraint les investisseurs et leurs investissements à s'assurer que toutes leurs transactions avec les sociétés affiliées se déroulent suivant le principe de pleine concurrence[679]. Il pèse sur eux l'obligation de disposer d'une documentation actualisée sur leurs prix de transfert et qui prouvent que les conditions de contrôle des transactions sont en phase avec ce principe[680].

Le principe de pleine concurrence[681] est contenu dans les *« Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et*

---

**674** COOPER (J.), FOX (R.), LOEPRICK (J.), MOHINDRA (J.), *Prix de transfert dans les économies en développement, op. cit*., p. xix.
**675** *Idem.*
**676** Cf. Article 16 § 2 du Modèle de TBI de la SADC et article 26 § 2 de l'Accord révisé du COMESA.
**677** *Idem.*
**678** Le Chapitre 10 de l'ECOWIC intitulé « Prix de transfert » compte quatre articles très détaillés sur les obligations y afférentes.
**679** Article 41 § 1 de l'ECOWIC.
**680** Article 42 § 1 de l'ECOWIC.
**681** En termes simples, le principe de pleine concurrence voudrait que les prix et autres conditions des transactions entre entreprises affiliées (parties liées) soient les mêmes que ceux (prix et autres conditions) qui seraient fixés dans les transactions analogues entre entreprises indépendantes (parties non liées). Ce principe constitue la norme internationale généralement acceptée dans l'établissement des prix de transfert valides. ONU, *Introduction aux prix de transfert, op. cit.,* p. 4.

*des administrations fiscales* »[682] auxquels l'ECOWIC renvoie expressément[683]. Le document de la CEDEAO oblige les investisseurs à s'abstenir de toute dissimulation et manipulation de la base taxable et de pratiques d'éviction de profits. Ils doivent effectuer leurs différentes opérations *« d'une manière qui soit pleinement compatible avec toutes les lois fiscales applicables, ainsi qu'avec les normes internationales tendant à s'assurer que les impôts et taxes sur les bénéfices ne soient pas minorés […] »*[684].

Le fait de percevoir l'établissement des prix de transfert comme *« an art, not a science »*[685] renseigne sur toute la délicatesse de l'exercice à réaliser par les entreprises multinationales pour éviter les suspicions de pratiques malveillantes à leur encontre. Ces pratiques sont souvent observées dans plusieurs secteurs d'activités en Afrique et se font de plus en plus remarquer dans les secteurs extractifs, des télécommunications et du capital-investissement. L'opacité des données sur les chaînes de valeur et la recrudescence des flux financiers illicites commandent la mise en œuvre d'un cadre réglementaire efficace par les États africains[686]. Cela dit, l'œuvre des rédacteurs de l'ECOWIC tombe à pic. Par rapport aux autres accords régionaux, ce texte tend à l'exhaustivité par les précisions qu'il apporte concernant les prix de transfert.

La majorité des textes régionaux d'investissement s'accordent sur la nécessité d'exiger la transparence dans la définition des prix de transfert aux investisseurs dans le but d'améliorer leur fiscalité et, partant, de contribuer à la réduction de l'extrême pauvreté. Le cri d'alarme de Jomo Kwame Sudaram donne une onction de légitimité aux dispositions de ces textes. L'ancien Sous-Secrétaire général des Nations Unies au développement économique lançait cet avertissement : *« si les prix de transfert ne sont pas à la mesure des gains réels réalisés dans ce pays, ce dernier est injustement privé des fonds et des moyens qu'il pourrait mettre au service de son développement. Et, bien entendu, ce sont en fin de compte les populations de ce pays qui supportent les coûts d'une telle injustice, particulièrement dans les secteurs de l'alimentation, de l'eau, de la santé et de*

---

**682** Il faut préciser que ces principes constituent une version révisée du rapport de l'OCDE portant sur les « Prix de transfert et entreprises multinationales » adopté en 1979. Ils ont été approuvés dans leur version originale en 1995, voir OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales,* Juillet 2017, Avant-propos, p. 3.

**683** Cf. Article 41 § 2 de l'ECOWIC.

**684** Article 44 de l'ECOWIC.

**685** UNITED NATIONS, *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries*, Department of Economic and Social Affairs, New York, 2021, p. 26.

**686**CNUCED, *Les flux financiers illicites et le développement durable en Afrique*, Rapport sur le développement économique en Afrique, Genève, 2020, pp. 121-123.

*l'éducation »*[687]. Quoi de plus légitime pour les rédacteurs de ces textes régionaux d'insister sur la transparence, l'éthique et la responsabilité des investisseurs dans la conduite de leurs opérations d'investissements dans les États d'accueil !

## §2. L'INSISTANCE SUR L'ÉTHIQUE ET LA RESPONSABILITÉ DANS LA CONDUITE DES AFFAIRES

Pour Cathérine Kessedjian, *« l'investisseur, qu'il soit personne morale ou physique, doit suivre une éthique rigoureuse »*[688]. L'un des chantiers en cours du droit international des investissements est son *« éthicisation »*[689]. Les accords régionaux africains d'investissement imposent, pour leur part, des obligations dont l'objet est « d'assainir » les opérations d'investissement effectuées sur le territoire des États hôtes. Ces textes ont largement et profondément délayé l'obligation des investisseurs de s'abstenir de pratiques corruptrices et non éthiques **(A).** Aussi les obligent-ils à s'engager dans la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) pour être en harmonie avec les besoins de développement socio-économique des États hôtes **(B).**

### A. L'abstention de pratiques corruptrices et non éthiques

En Afrique, l'augmentation des flux des investissements étrangers exposent les États récepteurs à un risque élevé de corruption[690]. Pour lutter efficacement contre ce fléau nuisible aux économies de leurs États membres, les CER africaines ont fait de l'abstention d'actes corruption une des plus importantes obligations « horizontales » dans leurs instruments juridiques de réglementation des investissements. Il s'agit d'une obligation négative des investisseurs **(1)** qui nécessite une intervention active des États hôtes **(2).**

#### *1. Une obligation négative des investisseurs*

*« La corruption est un mal insidieux dont les effets sont aussi multiples que délétères […]. Le mal court dans de nombreux pays, grands et petits, riches et pauvres, mais c'est dans les pays en développement qu'il est plus destructeur […]. La corruption est une des grandes causes des mauvais résultats économiques ; c'est aussi un obstacle de taille au*

[687] COOPER (J.), FOX (R.), LOEPRICK (J.), MOHINDRA (J.), *Prix de transfert dans les économies en développement, op. cit*., p. 1.
[688] KESSEDJIAN (C.), « Conclusions. Réconcilier les investissements avec l'éthique », *in* MAUREL (R.), *Le droit international des investissements au prisme de l'éthique,* Travaux du CREDIMI, Litec, 2021, p. 233.
[689] MAUREL (R.), « L'éthicisation du droit international des investissements : un panorama », *in* MAUREL (R.), *Le droit international des investissements au prisme de l'éthique, op. cit.,* pp. 3-22.
[690] LOUGHMAN (B. P.), SIBERY (R. A.), *Corruption and Bribery : Navigating the Global Risks*, Hoboken, N. J. Wiley, 2012, p. 267.

*développement et à l'atténuation de la pauvreté »*[691]. Tels sont les mots, fortement empreints de déception, que le regretté Secrétaire général des Nations Unies Kofi Annan a utilisé pour déplorer les conséquences ravageuses de ce fléau dans les pays en voie de développement[692].

La corruption est internationalement condamnée, mais elle n'a pas reçu une définition unanimement admise[693]. L'OCDE l'appréhende de manière synthétique comme *« le fait d'offrir, de promettre ou d'octroyer quelque chose afin d'influencer un agent public dans l'exécution de ses fonctions officielles »*[694]. Il n'est pas douteux que la corruption est un crime économique[695], un comportement blâmable des investisseurs[696] que la doctrine anglosaxonne aussi intègre dans le terme générique de *« investor misconduct »*[697], c'est à dire une conduite *« that is either illegal under domestic or international law, or would be considered contrary to international public policy »*[698]. Elle s'oppose à la « théorie des mains propres »[699] applicable aux investisseurs. Par les ponctions considérables qu'elle fait peser sur les États, la corruption, comme le relève le professeur Babacar Guèye, porte atteinte aux droits économiques, sociaux et culturels de l'être humain[700].

Malgré la récurrence et l'ampleur de ce phénomène dans le monde des affaires, il est timidement abordé dans le régime international des investissements. Relativement peu

---

**691** ONU, *Convention des Nations Unies contre la corruption,* UNODC, New York, 2004, Avant-propos, p. iii, disponible sur https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/united_nations_convention_against_corruption/uncac_french.pdf, consulté le 12 octobre 2021.

**692** Ces propos ont été tirés du discours du Secrétaire général des Nations Unies Kofi Annan au cours de la cérémonie d'ouverture de l'adoption de la Convention des Nations Unies contre la corruption par l'Assemblée générale le 31 octobre 2003.

**693**Bien qu'il existe une pléthore d'instruments juridiques de lutte contre la corruption à l'échelle internationale, deux instruments juridiques majeurs méritent d'être cités. Il s'agit de la *Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales* adoptée en 1997 et la *Convention des Nations Unies pour la lutte contre la corruption* adoptée le 31 octobre 2003 et entrée en vigueur en 2005. A l'échelle régionale, en Afrique précisément, il convient de mentionner la *Convention de l'UA sur la prévention et la lutte contre la corruption* adoptée en 2003 et entrée en vigueur en 2005.

**694** OCDE, *La lutte contre les pots-de-vin et la corruption*, Synthèses, p. 3, disponible sur https://www.oecd.org/fr/investissement/anti-corruption/conventioncontrelacorruption/1918243.pdf, consulté le 16 octobre 2021.

**695** KRYVOI (Y.), « Economic Crimes in International Investment Law », *International and Comparative Law Quarterly,* Vol. 67, July 2018, p. 578.

**696**ANCELIN (J.), « Le comportement blâmable de l'investisseur », SFDI, *La pénalisation du droit international*, Demi-journée de Nanterre, 10 mars 2017, p. 1, disponible sur https://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2018/03/RJC-2017-ANCELIN.pdf, consulté le 17 octobre 2021.

**697** NEWCOMBE (A.), « Investor Misconduct », *in* de MESTRAL, LEVESQUE (C.) (dir.), *Improving International Investment Agreements,* London and New York, 2013, p. 195.

**698** *Ibidem,* p. 198.

**699** Voir ANCELIN (J.), « A propos de la théorie des 'mains propres'. Observations sur la sentence arbitrale *Yukos* de la Cour permanente d'arbitrage du 18 juillet 2014 », *AFDI,* Vol. 61, 2015, pp. 831-856.

**700** GUEYE (B.), « Développement, bonne gouvernance et lutte contre la corruption », SFDI, *Droit international et développement,* Colloque de Lyon, 2015, p. 211.

d'accords internationaux d'investissement livrent un combat frontal contre la corruption[701]. La plupart des accords internationaux d'investissement qui l'ont envisagée n'ont fait qu'effleurer la question dans leur préambule. Les accords les plus ambitieux se sont contentés d'obliger les États à prendre des mesures pour interdire et sanctionner les actes de corruption. En revanche, les nouveaux accords régionaux africains d'investissement imposent des obligations directes à la charge des investisseurs en la matière[702]. C'est à cet égard que s'illustrent encore positivement les CER africaines dans la réglementation des investissements. Les nouveaux textes adoptés par ces organisations renferment l'impératif de bannir définitivement la corruption et les actes non éthiques à toutes les étapes de l'investissement.

Le plus récent, notamment l'ECOWIC dispose que *« les investisseurs qui opèrent dans la région de la CEDEAO ne doivent pas, avant l'établissement d'un investissement ou après l'offre, promettre ou accorder un avantage pécuniaire indu ou autre avantage indu à un agent public d'un État membre ou à un membre de famille d'un fonctionnaire, associé ou toute autre personne proche d'un fonctionnaire ou d'une autre personne ou d'une identité, afin que le fonctionnaire agisse ou s'abstienne d'agir dans le cadre de ses fonctions officielles pour obtenir une faveur ou un compromis par rapport à l'investissement proposé* »[703]. Ces obligations pèsent également sur les investisseurs opérant dans les CER d'Afrique orientale et australe. Des dispositions similaires ont été intégrées dans le Modèle de TBI de la SADC[704], le Modèle de traité d'investissement de la CAE[705] et l'Accord révisé du COMESA[706].

Les textes régionaux sus-évoqués interdisent aux investisseurs d'être auteurs d'actes de corruption. Ils ajoutent également que ceux-ci ne doivent pas en être complices. En conséquence, les investisseurs doivent se refuser d'inciter, de favoriser et de conspirer avec

---

**701** Guy Marcel Nono indiquait dans son étude que *« la plupart des TBI n'imposent pas d'obligation directe aux entreprises multinationales de lutter contre la corruption ».* Voir NONO (G. M.), « La lutte contre la subornation et la corruption en Afrique : des conventions de l'UA et de l'OCDE à un principe général de droit international des investissements », *Investment Treaty News*, 10 mars 2020, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2020/03/10/fighting-bribery-and-corruption-in-africa-from-au-and-oecd-conventions-to-a-general-principle-of-international-investment-law-guy-marcel-nono/, consulté le 15 octobre 2021.

**702** Voir KOULA (B. M.), *Le développement durable dans les traités régionaux africains d'investissement : cas de la CEDEAO et de la SADC, op. cit.,* p. 248.

**703** Article 38 § 1 de l'ECOWIC. Les articles 13 et 30 de l'Acte additionnel de la CEDEAO était déjà une belle amorce des dispositions obligeant les investisseurs à s'abstenir des pratiques corruptrices.

**704**Cf. Article 10 § 1 du Modèle de TBI de la SADC.

**705** Cf. Article 11 § 1 du Modèle de traité d'investissement de la CAE.

**706** Cf. Article 28 § 1 de l'Accord révisé du COMESA.

un agent public ou toute autre personne pour la commission ou l'autorisation de tels actes[707]. Les investisseurs sont tenus de respecter scrupuleusement l'obligation de s'abstenir d'actes de corruption d'autant plus que la violation de cette obligation peut être considérée comme un défaut de conformité à la législation nationale de l'État hôte relative à l'investissement[708].

Il est opportun de préciser que même lorsqu'un accord international d'investissement ou un TBI ne contient pas explicitement des dispositions prohibant la corruption, cette pratique est jugée contraire à l'ordre public international et est, par conséquent, répréhensible à tous égards. C'est ce qu'a conclu le tribunal arbitral dans l'emblématique affaire *World Duty Free c. Kenya*[709]. Pour rejeter le recours de l'investisseur, le tribunal a affirmé être convaincu que *« bribery is contrary to international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy »*[710]. Dans une autre affaire, notamment *Hamster c. Ghana*[711], le tribunal arbitral a décidé qu'un investissement ne peut être protégé sur le territoire de l'État hôte *« if it has been created in violation of national or international principles of good faith ; by way of corruption, fraud, or deceitful conduct […] »*[712].

En clair, la corruption est en mesure de priver un investisseur de protection sur le territoire d'un État hôte. Les « principes internationaux et nationaux de bonne foi » auxquels les arbitres font référence pour condamner cet acte sont indépendants du contenu de la convention d'investissement[713]. Il en découle qu'en l'absence d'obligations directes de lutte contre la corruption, la jurisprudence arbitrale reconnaît l'abstention d'actes de corruption comme un principe général de droit international des investissements qu'il est indispensable de respecter[714].

---

**707** En guise d'exemple, l'Accord révisé du COMESA énonce que *« COMESA Investors and their Investments shall also not be complicit in any act described […], including through incitement, aiding and abetting, conspiracy to commit or authorize such acts ».* Lire aussi Article 10 § 2 du Modèle de TBI de la SADC, Article 11 § 3 du Modèle de traité d'investissement de la CAE, Article 38 § 2 de l'ECOWIC.

**708** Cf. Article 10 § 3 du Modèle de TBI de la SADC, Article 28 § 4 de l'Accord révisé du COMESA.

**709** CIRDI, *World Duty Free Company Ltd v. The Republic of Kenya*, Affaire n°ARB/00/7, 4 octobre 2006, disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw15005.pdf, consulté le 13 octobre 2021. Voir une analyse de cette affaire voir LLAMZON (A.), « The Control of Corruption through International Investment Arbitration : Potential and Limitations », *American Society of International Law Proceedings,* 2008, vol. 102, pp. 208-212.

**710** *Ibidem,* § 157, cité par MBENGUE (M. M.), « Les obligations des investisseurs », *op. cit.,* p. 312.

**711** CIRDI, *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, Affaire n°ARB/7/24, 18 juin 2010, disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0396.pdf, consulté le 13 octobre 2021.

**712** *Ibidem*, § 123 et 124, cité par MBENGUE (M. M.), « Les obligations des investisseurs », *op. cit.,* p. 313.

**713** *Idem.*

**714** LLAMZON (A.), « The Control of Corruption through International Investment Arbitration: Potential and Limitations », *op. cit.,* pp. 208-212.

Outre l'affaire *World Duty Free c. Kenya*, plusieurs autres décisions arbitrales impliquant des États africains illustrent à quel point la lutte contre la corruption fait désormais partie intégrante de la pratique internationale des investissements[715]. Jason Yackee écrit cependant que *« même si une défense sur la base de la corruption est viable pour ce qui peut être vu comme le ' droit commun international', ses détails restent contestés et incertains. Les pays désireux de garantir leur accès sûr et efficace à la défense sur la base de la corruption feraient bien d'envisager l'amendement de leurs traités d'investissement afin d'y inclure leur propre version »*[716].

Cette analyse vient confirmer le bien-fondé de la décision des États membres des CER africaines d'introduire des obligations anti-corruption à la charge des investisseurs dans leurs récents accords d'investissement. Le caractère novateur de leur approche réside également dans l'association des États d'accueil au combat contre ce « cancer » qui ronge les sociétés et rompt les règles de concurrence sur les marchés financiers[717]. La corruption est un « poison »[718] susceptible de tuer le rêve de développement durable des États africains en cas d'inaction.

## 2. *Une intervention active des États hôtes*

S'il est incontestable que les pratiques corruptrices et non éthiques prospèrent dans un environnement juridique et institutionnel défaillant[719], la contribution des États d'accueil des investissements à leur éradication s'avère capitale. Excepté le Modèle de traité d'investissement de la CAE, tous les accords régionaux d'investissement étudiés prévoient des obligations à la charge des États en matière de lutte contre la corruption. Les États

---

**715** YACKEE (J.), « Traités d'investissement et corruption par l'investisseur : une défense émergente pour les États d'accueil », *Investment Treaties News*, N° 1, octobre 2021, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/iisd_itn_october_2012_fr.pdf, consulté le 12 octobre 2021. Parmi les décisions ayant mis les États africains en jeu, l'on pourra mentionner l'affaire CIRDI, *Wena Hotels Ltd c. République Arabe d'Egypte,* n°ARB/98/4, 31 octobre 2005, disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0904.pdf, consulté le 13 octobre 2021 ; Affaire CIRDI *Africa Holding Company of America, inc. and Société Africaine de construction au Congo SARL c. République Démocratique du Congo,* Affaire n°ARB/05/21, 29 juillet 2008, disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0016.pdf, consulté le13 octobre 2021.

**716** YACKEE (J.), « Traités d'investissement et corruption par l'investisseur : une défense émergente pour les États d'accueil », *op. cit.,* p. 1.

**717**DRUDE (J.), « *Fiat iustitia, ne pereat mundus* : Novel Approach to Corruption and Investment Arbitration », *Journal of International Arbitration*, 35, n° 6, 2018, p. 665.

**718** *Idem.*

**719** TRANSPARENCY INTERNATIONAL, « L'impact de la corruption sur la croissance et les inégalités », Anti-Corruption Helpdesk, p. 2 ; disponible sur https://knowledgehub.transparency.org/assets/uploads/helpdesk/Impact_of_corruption_on_growth_and_inequality_2014_FR.pdf, consulté le 16 octobre 2021.

d'accueil des investissements sont tenus de remplir un devoir essentiel à cet effet : incriminer et sanctionner les actes de corruption[720]. Le Modèle de TBI de la SADC énonce avec autorité que les États parties *« shall take measures to prevent and combat corruption in their territory and shall prosecute and where convicted penalize persons that have breached the applicable law relating to this obligation »*[721].

La corruption et ses actes dérivés, tels que les pots-de-vin, la fraude, la subornation etc., érodent l'efficacité et la légitimité des institutions publiques et ont un effet corrosif sur la croissance économique. C'est raisonnablement que les rédacteurs de l'ECOWIC imposent aux États de s'engager à les éliminer dans les opérations d'investissement[722] en adoptant ou en conservant des mesures législatives et réglementaires pour ériger en infraction pénale, certaines conduites, actes et omissions susceptibles d'affecter les investissements[723]. L'article 28 § 3 de l'Accord révisé du COMESA abonde aussi dans ce sens[724].

À travers ces différentes dispositions contenues dans les accords régionaux, l'on s'aperçoit que la responsabilité des États d'accueil dans la lutte contre la corruption n'est pas banalisée. Devant les tribunaux arbitraux, la corruption est utilisable, soit comme une « épée » d'attaque par l'investisseur qui émet une requête arbitrale, soit comme un « bouclier » de défense pour l'État d'accueil qui estime qu'un investissement a été établi ou s'opère de manière illicite[725]. En pareilles circonstances, il est certain que ces deux protagonistes ont un rôle à jouer en vue de l'éradication de ce « mal » dans leurs relations d'affaires. La lutte contre la corruption ne saurait incomber exclusivement aux investisseurs.

L'ECOWIC est le texte régional d'investissement le plus dense sur la question de la corruption en Afrique[726]. Plusieurs dispositions que les rédacteurs des autres traités d'investissement n'ont pas prévues y figurent. Ce texte énumère les conduites, les actes et

---

**720** KOULA (B. M.), *Le développement durable dans les traités régionaux africains d'investissement : cas de la SADC et de la CEDEAO, op. cit*., p. 305.
**721** Article 10 § 4 du Modèle de TBI de la SADC.
**722** Cf. Article 35 § 1 de l'ECOWIC.
**723** Cf. Article 36 § 1 de l'ECOWIC.
**724** L'Article 28 § 3 de l'Accord révisé de l'ECOWIC dispose : *« Member States shall adopt such legislative and other measures as be necessary to establish jurisdiction and enforce laws and procedure against any criminal offense committed in whole or in part in their territory by a national, or a COMESA investor and investment or its agent, or by any other person acting in relation to an investment in a Member State »*
**725** DEVENDRA (I. C.), « State Responsibility for Corruption in International Investment Arbitration », *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 10, 2019, p. 248.
**726** Le Chapitre 9 de l'ECOWIC titré « Corruption et pratiques non éthiques » est entièrement consacré aux obligations et aux moyens de lutte contre ce phénomène.

les omissions que les États doivent incriminer[727], et contraint ces derniers à s'assurer que les personnes tenues pour responsables de ces infractions *« soient passibles de sanctions pénales ou non pénales effectives, proportionnées et dissuasives, notamment des sanctions pécuniaires, des saisies et des confiscations d'actifs et autres produits issus de la perpétration de ces infractions »*[728]. Il invite les États membres de la CEDEAO à ratifier ou à adhérer à la Convention des Nations Unies contre la corruption[729].

L'ECOWIC place véritablement les États au centre du combat contre ce fléau aussi bien sur leurs propres territoires que sur le territoire des autres États membres de la région. Les États membres de la CEDEAO ont le devoir de lutter contre la corruption transnationale, c'est-à-dire celle qui peut être observée dans les transactions commerciales internationales[730]. Pour ce faire, une coopération régionale est requise[731]. L'ECOWIC envisage que *« les États membres s'engagent à s'entraider sur le plan judiciaire et dans l'application d'autres mesures de coopération en matière de répression, mesures requises pour faciliter les enquêtes et les poursuites relatives aux actes de corruption et autres infractions […] »*[732]. De tout temps, l'implication des agents du secteur public dans les actes de corruption et non éthiques a été malheureusement importante[733]. Cet état de fait a conduit les rédacteurs de l'ECOWIC à prévoir des dispositions qui pourront servir à mettre fin à l'exécution malhonnête des charges publiques. Il est demandé aux États d'accueil de promouvoir l'intégrité, l'honnêteté et la responsabilité de leurs agents publics[734].

La lutte contre la corruption dans les pays africains est si âpre qu'elle requiert la mobilisation de plusieurs moyens et ressources. Autant les investisseurs sont tenus d'y participer en adoptant une conduite irréprochable à toutes les étapes de leurs investissements, autant les États d'accueil y sont conviés par la mise en œuvre d'un cadre juridique et répressif

---

**727** Cf. Article 36 § 1 de l'ECOWIC.

**728** Article 36 § 3 de l'ECOWIC.

**729** À l'examen de l'ECOWIC, on voit bien que ses rédacteurs se sont inspirés aussi bien de ce texte des Nations Unies que du Protocole de la CEDEAO sur la lutte la corruption qui a servi de base aux obligations anti-corruption contenues dans l'Acte additionnel de 2008. Il convient de signaler que ce Protocole de la CEDEAO sur la lutte contre la corruption a été adoptée le 21 décembre 2001 et en entré en vigueur en 2006, texte disponible sur https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C3765/Respondent%27s%20Rejoinder%20%28redacted%20per%20PO10%29/Pi%C3%A8ces%20juridiques/RL-0080.pdf, consulté le 15 octobre 2021.

**730** Cf. Article 40 de l'ECOWIC.

**731** Cf. Article 39 de l'ECOWIC.

**732** Article 40 § 7 de l'ECOWIC.

**733** Voir OECD, *Public Sector Transparency and the International Investor,* OECD Editions, 2003, 65 p, disponible sur https://www.oecd.org/investment/investment-policy/18546790.pdf, consulté le 15 octobre 2021.

**734** Cf. Article 37 § 1 de l'ECOWIC.

efficace. Bien que la corruption fasse déjà l'objet d'une condamnation globale réitérée dans plusieurs instruments juridiques internationaux[735], sa prohibition dans les accords régionaux africains d'investissement est une entreprise justifiée et réfléchie. Elle est une étape décisive dans la prise de conscience par les entreprises de leur responsabilité sociétale.

## B. L'engagement dans la responsabilité sociale des entreprises

La responsabilité sociale des entreprises[736] a pour objet d'amener les sociétés transnationales à dépasser leur seule finalité spéculative et économique, pour inclure dans leur prise de décisions des considérations plus holistiques, de nature éthique, sociale et environnementale pour le bénéfice de toutes les parties prenantes[737]. Les nouveaux accords régionaux africains obligent les investisseurs étrangers à s'y engager en mariant leurs intérêts financiers et matériels avec les objectifs de développement socio-économique des États hôtes **(1)**, ainsi qu'en respectant les droits des consommateurs **(2).**

### *1. L'obligation de concilier les objectifs des parties prenantes*

« Entreprises multinationales » et « responsabilité sociétale » sont deux notions qui, *prima facie*, se repoussent. Leur cohabitation semble difficile tant les intérêts sont antagonistes[738]. Toutefois, il est apparu urgent de responsabiliser ces entreprises au vu des effets qu'elles produisent sur la société dans l'exploitation de leurs investissements[739]. La RSE renvoie à l'ensemble des normes et pratiques que les entreprises, plus spécifiquement les sociétés transnationales, s'engagent à respecter pour limiter les externalités négatives générées par leurs activités sur le plan environnemental et social[740]. Ce concept est

---

**735** Voir DAVIS (K.), « Does the Globalization of Anti-corruption Law Help Developing Countries », *in* FAUNDEZ (J.), TAN (C.), (dir.), *International Economic Law, Globalization and Developing Countries,* Edward Elgar Publishing, Massachussets, 2010, pp. 286-288.

**736**Pour une analyse approfondie de la RSE sous le prisme du droit international, voir ZERK (J.), *Multinationals and Corporate Social Responsibility : Limitations and Opportunities in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 339 p. Voir aussi EPSTEIN (A-S.), POMADE (A.), « Le droit économique de l'environnement à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises. Éclairages croisés », *Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, *Pour un droit économique de l'environnement,* Editions Frison-Roche, pp. 175-202.

**737** DIAWARA (K.), LAVALLEE (S.), « La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans l'espace OHADA : pour une ouverture aux considérations non économiques », *Revue internationale de droit économique,* tome XXVIII, 2014, p. 433.

**738** Voir ZHU (Y.), « Corporate Social Responsibility in International Investment Law: Tension and Reconciliation », *Nordic Journal of Commercial Law,* N° 1, 2017, pp. 90-119.

**739** CAILLET (M-C.), *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des sociétés transnationales*, Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, 2014, p 1. Voir aussi MICHOUD (A.), « L'intégration de la responsabilité sociale des entreprises dans les traités internationaux d'investissement : une question de (ré)équilibre », *Revue Générale de Droit,* Vol. 49, N°2, 2019, pp. 405-410.

**740** DUBIN (L.), « Les clauses RSE dans les traités d'investissement », *Investment Treaty News*, 21 décembre 2018, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2018/12/21/corporate-social-responsibility-clauses-in-

indispensable à la réalisation des objectifs de développement durable. C'est à juste titre que les accords régionaux africains contraignent les investisseurs et leurs investissements à être « socialement responsable »[741].

L'ECOWIC en fait une obligation de *« diligence due »*[742] des investisseurs, comme on peut l'observer dans les mots choisis par ses rédacteurs. En vertu de l'article 34 § 2 de cet instrument juridique, *« les investisseurs opérant dans la région de la CEDEAO doivent s'efforcer de promouvoir et de s'engager dans la responsabilité sociétale des entreprises conformément aux meilleures pratiques internationales, en tenant compte des plans et priorités de développement spécifiques des États membres et en particulier des communautés locales »*[743]. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une obligation de résultat, plus rigide de nature, cette exigence recèle une importance nodale dans l'espace CEDEAO.

C'est précisément pour cette raison que l'ECOWIC prévient contre un éventuel dévoiement des opérateurs économiques étrangers. Ce texte énonce que *« les investisseurs qui opèrent dans la région CEDEAO, dans la poursuite de leurs objectifs économiques, ne doivent pas entraver le développement social et économique de l'État d'accueil ; en particulier, ils doivent être sensibles aux changements des objectifs sociaux et économiques de leurs pays d'accueil. En conséquence, il ne devrait pas y avoir de conflit entre les obligations des parties à l'accord d'investissement et le droit souverain des pays de poursuivre d'autres objectifs politiques essentiels »*[744].

L'accord révisé du COMESA reflétait déjà cette prise de conscience de la nécessaire responsabilisation des investisseurs et de leurs investissements, en prévoyant des clauses de RSE. Les dispositions de l'ECOWIC, quoique plus étendues, sont très proches du contenu de l'Article 30 de ce texte. Cet article dispose que *« in pursuit of their economic objectives, COMESA investors and their investments shall proceed in ways that do not conflict with the*

investment-treaties-laurence-dubin/, consulté le 20 octobre 2021. Voir aussi DUBIN (L.), « RSE et droit des investissements : les prémisses d'une rencontre », *RGDIP*, Vol. 122, N° 4, 2018, pp. 867-891.

[741] MUBERANKIKO (G.), « La responsabilité sociétale des entreprises dans la gouvernance des entreprises en droit OHADA », *Lexbase Afrique-OHADA*, N°34, 2020, p. 8.

[742] La *due diligence* ou *devoir de diligence « implique une prise de conscience des risques de gestion et l'obligation de prendre des mesures appropriées pour la maîtrise des risques ».* GEIGER (R.), NIGON (M.), « Devoir de diligence et responsabilité sociétale de l'entreprise », *in Mélanges en l'honneur de Bernard Remiche, Droit, Économie et Valeur,* Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 131-132.

[743] Article 34 § 2 de l'ECOWIC.

[744] Article 31 § 3 de l'ECOWIC.

*social and economic development of host countries. Investors shall be sensitive to changes in the social and economic goals of the host countries »*[745].

Les obligations des investisseurs d'observer les normes de la RSE ne font pas foison dans les accords internationaux d'investissement[746]. C'est une tendance récente qui consiste à y faire référence dans le préambule ou dans le corps des traités d'investissement [747]; une tendance vivement encouragée par la CNUCED qui la considère comme un des moyens de résorber les rapports asymétriques des parties prenantes dans les relations économiques[748]. Même si les clauses RSE n'ont pas encore fait l'objet d'un arbitrage d'investissement, l'on constate tout de même l'émergence d'une « norme minimale de diligence sociale des entreprises » dans la pratique[749].

Ainsi, un comportement non « sociétalement » responsable peut implicitement être pris en compte au titre des conditions de recevabilité d'une demande d'une partie ou de compétence d'un tribunal arbitral[750]. L'État d'accueil est également habilité à émettre une demande reconventionnelle contre l'investisseur sur cette base[751]. Avec l'expansion irréversible de la RSE, des notions telles que « Investissement éthique », « Investissement Responsable » et « Investissement Socialement Responsable (ISR) » sont nées et soutenues par des principes auxquels les opérateurs économiques doivent se plier[752]. En effet, sous l'égide des Nations Unies, il a été promu des *Principles for Responsible Investment (PRI)* qui consistent à inciter les investisseurs à intégrer les critères environnementaux et sociaux

---

**745** Article 30 § 1 de l'Accord révisé du COMESA.

**746** MBENGUE (M. M.), « Les obligations des investisseurs », *op. cit.,* p. 333.

**747** Signé en 2013, le TBI Canada – Benin contenait des dispositions sur la RSE (Article 16). Lire aussi l'article 12 du Modèle de TBI de l'Inde adopté en 2016.

**748** Voir CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde*, Vers une nouvelle génération de politique de l'investissement dans le monde, Genève, 2012, pp. 33-36.

**749** Un auteur l'analysait ainsi : *« l'inclusion [d'une obligation RSE] imposée aux entreprises dans les accords d'investissement a sans aucun doute jeté les bases et représente le premier pas vers la construction – certainement lente – d'une doctrine d'une norme minimale de diligence sociale des entreprises : dans cette hypothèse, les investisseurs doivent faire preuve d'une diligence (sociale) minimale pour pouvoir invoquer l'application d'un accord d'investissement ».* MONEBHURRUM (N.), « Mapping the Duties of Private Companies in International Investment Law », *Brazilian Journal of International Law*, vol. 14, N° 2, 2017, pp. 50-71 ; cité par CLUTER (C.), LARK (D.), « Intégrer la responsabilité sociale des entreprises au droit des traités d'investissement et à la pratique d'arbitrage : progrès ou solution utopique ? », *Investment Treaty News,* 19 décembre 2020, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2020/12/19/incorporating-corporate-social-responsibility-within-investment-treaty-law-and-arbitral-practice-progress-or-fantasy-remedy-claire-cutler-david-lark/, consulté le 20 octobre 2021.

**750** MICHOUD (A.), « L'intégration de la responsabilité sociale des entreprises dans les traités internationaux d'investissement : une question de (ré)équilibre », *op. cit.,* pp. 405-410.

**751** *Idem.*

**752** Voir THIBOUT (O.), *La Responsabilité Sociale des Entreprises : Dynamique normative et enjeux institutionnels. Une illustration d'un droit en mouvement*, Thèse de doctorat en droit, Université Côte d'Azur, 2018, pp. 280-282.

dans la gestion de leurs actifs[753]. En cela, les initiatives prises par le COMESA et la CEDEAO sont appréciées à leur juste valeur, car compatibles avec la vision de ne promouvoir que des entreprises responsables dans leurs États membres. L'avantage de cette approche est de favoriser un tri entre les entreprises étrangères qui proposent ou qui réalisent des activités sur le territoire des États hôtes. Elles seront évaluées en fonction de leur degré de sensibilité aux préoccupations sociales et environnementales de ces derniers.

Il convient toutefois d'indiquer que les obligations associées à la RSE n'ont pas été expressément introduites dans tous les textes régionaux d'investissement analysés. La RSE est moins saillante dans les textes de la SADC et de la CAE. Néanmoins, une lecture croisée des dispositions relatives aux obligations des investisseurs dans le Modèle de TBI de la SADC permet de se rendre à l'évidence que les investisseurs sont implicitement assujettis au respect des normes et pratiques en la matière. En témoignent les dispositions portant sur les *« Corporate Governance Standards »*[754] et les *« Minimum Standards for Human Rights, Environment and Labour »*[755]. Pour ce qui est du PFI révisé de la SADC et du Modèle de traité d'investissement de la CAE, les exigences relatives à la RSE sont plus enfouies, voire oubliées. Ce qui implique un exercice d'interprétation ardu qui aurait pu être évité par la prévision d'obligations de fond et autonomes sur la RSE, comme l'ont si bien fait les rédacteurs de l'Accord révisé du COMESA et de l'ECOWIC.

Eu égard à la « centralité » de la RSE dans la promotion et la facilitation des investissements responsables[756], l'insertion des obligations y relatives dans le *corpus* des accords régionaux d'investissement de la CEDEAO et du COMESA est signe d'un volontarisme prononcé que les autres CER africaines se doivent d'imiter. Cette attitude offre l'avantage à l'État d'accueil d'exiger l'irrecevabilité d'une requête arbitrale adressée par un investisseur, en se fondant sur la conduite préjudiciable de ce dernier.

Jennifer Zerk note à juste titre que *« multinationals are among the most controversial players on international stage today »*[757]. Cette triste réputation née de leur insouciance dans

---

**753** Voir SILVENT (F.), « Investissement responsable et responsabilité sociétale des entreprises : le rôle des investisseurs institutionnels », *Rapport moral sur l'argent dans le monde*, 2013, pp. 2-10, disponible sur file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/investissement-responsable-et-responsabilit-eacute-soci-eacute-tale-des-entreprises-le-r-ocirc-le-des-investisseurs-institutionnels%20(1).pdf, consulté le 20 octobre 2021.

**754** Cf. Article 16 du Modèle de TBI de la SADC que nous avons largement analysé.

**755** Cf. Article du Modèle de TBI de la SADC que nous développerons dans les prochaines lignes.

**756** KATE (M.), *The Origins of International Investment Law : Empire, Environment and Safeguarding of Capital,* Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 238.

**757** ZERK (J.), *Multinationals and Corporate Social Responsibility : Limitations and Opportunities in International Law, op. cit.* p. 7.

l'exploitation de leurs investissements est aussi appel aux États à prendre leurs responsabilités. L'intégration des clauses de RSE dans les traités régionaux africains d'investissement favorise le recadrage des investisseurs lorsqu'ils perdent de vue le volet socio-environnemental de leurs opérations économiques et semblent n'avoir cure des droits des consommateurs.

### 2. *Le devoir de protéger les consommateurs*

La mue réglementaire entamée par les CER africaines en matière d'investissement s'est étendue à certains droits jadis oubliés, notamment les droits des consommateurs. Si la protection des consommateurs a été plus tard promue[758] et consignée dans plusieurs outils nationaux et internationaux spécifiques grâce aux efforts du mouvement consumériste[759], elle est rare dans les accords internationaux d'investissement. Certains accords régionaux africains d'investissement vont, en revanche, se distinguer en imposant des obligations aux investisseurs sur ce plan. Il s'agit d'une obligation de *due diligence* « active », un appel aux investisseurs à adhérer à un principe fondamental[760], en l'occurrence la protection des consommateurs. L'Accord révisé du COMESA et l'ECOWIC en apportent la confirmation.

Aux termes de l'Accord révisé du COMESA, la protection des consommateurs découle de la responsabilité sociétale de l'entreprise. Conformément à son article 30 titré « Corporate Social Responsability », cet instrument juridique exige à l'alinéa 2 que *« Investors and their investments should act in accordance with fair business, marketing and advertising practices when dealing with consumers and should ensure the safety and quality of goods and services they provide »*[761]. Les consommateurs sont des personnes physiques qui se procurent, reçoivent ou utilisent un produit ou un service principalement pour leur

---

**758**. Voir CNUCED, *Manuel sur la protection du consommateur*, UNCTAD/DITC/CPLP/2017, Genève, 2017, p. 2, disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2017d1_fr.pdf, consulté le 21 octobre 2021.

**759** La notion de protection du consommateur est née aux États Unis d'Amérique dans les années 1960 sous l'impulsion de l'avocat Ralf Nader qui publia un ouvrage intitulé *« Unsafe at any speed »* dans lequel il dénonçait le manque de sécurité des voitures américaines. Son cri d'alarme amènera la puissante société General Motors à retirer certains modèles de voitures de sa ligne de fabrication. Plus tard, les organisations internationales entreront dans l'arène de cette lutte pour la protection des consommateurs, invitant les États à adopter des mesures à cet effet. En 1985, l'ONU produira la première version des *Principes directeurs sur la protection du consommateur*, un guide d'orientation aux États, à l'heure de prendre des mesures visant à protéger les droits des consommateurs. Voir NOAH NOAH (F.), « Le cadre institutionnel et réglementaire de la protection du consommateur au Cameroun, au sein de la CEMAC, de la CEEAC et de l'UA », *Revue Dialectiques des Intelligences,* N° 1, Premier semestre 2016*,* pp. 8-9.

**760** Voir à ce sujet MBENGUE (M. M.), « Les obligations des investisseurs », *op. cit.,* pp. 324-325.

**761** Article 30 § 2 de l'Accord révisé du COMESA.

usage personnel, familial ou domestique[762]. Comme tels, ils méritent d'être protégés aussi bien à l'échelle nationale qu'internationale[763]. Dans leurs secteurs d'activités, les investisseurs COMESA devraient s'éloigner du spectre de la fraude dans leurs relations avec les consommateurs afin de leur garantir qualité et sécurité. Cette obligation vient peaufiner la responsabilité sociétale des entreprises tant elle met une emphase supplémentaire sur leur conduite.

L'ECOWIC est un texte très regardant et richement étoffé en ce qui concerne la protection des droits des consommateurs. Ce texte pose que *« les investisseurs qui opèrent dans la région de la CEDEAO doivent, lorsqu'ils traitent avec les consommateurs, agir conformément à des pratiques commerciales, de commercialisation et de publicité équitables et prendre toutes les mesures raisonnables pour assurer la sécurité et la qualité des biens ou services qu'ils fournissent […] »*[764]. Ils sont appelés à proscrire les activités commerciales frauduleuses et trompeuses susceptibles de causer un préjudice réel aux consommateurs ou qui constituent une menace imminente pour eux[765]. À titre d'exemple, avec l'accroissement des investissements énergétiques connus pour leur dangerosité en Afrique, *« la marginalisation des valeurs essentielles locales de la collectivité des consommateurs »*[766] pourrait emporter plusieurs inconvénients.

*A contrario*, les investisseurs étrangers, producteurs de biens et services, sont contraints d'accorder une attention totale et adéquate à certains aspects clés de leurs relations avec les citoyens des États hôtes, consommateurs de leurs biens et services. Ils doivent *« s'assurer que les biens et services qu'ils fournissent répondent à toutes les normes convenues ou légalement requises pour la santé et la sécurité des consommateurs, y compris les mises en garde sanitaires et les étiquettes de sécurité et d'information sur les produits […], fournir des informations précises et claires concernant leur contenu, leur utilisation, leur*

---

[762]Voir CNUCED, *Principes directeurs pour la protection du consommateur,* New York-Genève, 2016, p. 6 ; FASSASSI (Q.), « La crise de normativité dans la protection du consommateur OHADA », p. 4, disponible sur https://www.ohada.com/uploads/actualite/5584/PMA-OHADA-2020.pdf, consulté le 19 octobre 2021.

[763] Sur la protection des consommateurs à l'international, voir DEUMIER (P.), « La protection des consommateurs dans les relations internationales », *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 62, N° 2, 2010, pp. 273-289.

[764] Article 33 § 7 de l'ECOWIC.

[765]Sont interdites, par exemple *« a) une pratique qui consiste à faire des déclarations inexactes de faits importants, y compris des fausses déclarations implicites, qui causent un préjudice sérieux aux intérêts économiques des consommateurs induits en erreur ; b) une pratique qui consiste à ne pas livrer des produits ou fournir des services aux consommateurs après que les consommateurs aient réglé leurs factures ; ou c) une pratique qui consiste à facturer ou à débiter les comptes financiers, les lignes téléphoniques ou autres comptes des consommateurs, sans aucune autorisation* ». Article 33 § 2 de l'ECOWIC.

[766]Voir BILONG NKOH (F. R.), « Le consommateur et le commerce des énergies renouvelables en Afrique subsaharienne », *Revue Internationale de Droit économique,* t. XXXIV, Vol. 1, 2020, p. 76.

*conservation, leur stockage et leur traitement, de manière appropriée, pour permettre aux consommateurs de prendre des décisions en toutes connaissance de cause »*[767].

De plus, les investisseurs sont tenus de respecter la vie privée des consommateurs, d'assurer la protection de leurs données personnelles[768] et de fournir des procédures transparentes qui traitent leurs plaintes et leurs réclamations[769]. Pour une protection effective des consommateurs par les investisseurs, les États d'accueil sont censés disposer d'une politique efficace à cette fin[770], car il est impossible d'imaginer une économie qui soit entièrement à l'abri des pratiques abusives des entreprises[771].

La « politique de protection du consommateur » favorise l'équité et la justice sociale par le redressement des rapports entre fournisseurs et consommateurs[772]. Selon Thierry Bourgoignie et Julie St-Pierre, elle désigne un ensemble de mesures qu'un État est obligé de prendre pour s'assurer que les producteurs se comportent de manière responsable et que les consommateurs lésés peuvent être indemnisés. Elle est relative à l'information du consommateur, la protection de ses intérêts économiques, la protection de sa santé et de son intégrité physique, son éducation quant à ses droits et obligations, l'octroi de recours effectifs en cas de litige, ainsi qu'à l'organisation et la représentation des intérêts collectifs des consommateurs[773].

On le voit, les accords régionaux africains d'investissement ont adopté une démarche courageuse vis-à-vis des investisseurs étrangers. À la vérité, les rêves des consommateurs n'ont cessé de déchanter depuis que les vertus du libéralisme économique ont été magnifiées. L'on est témoin des effets contraires de l'économie de marché qui a fini par reléguer les intérêts des consommateurs au second plan, transformant quelques fois le continent africain en un « dépotoir » qui accueille les produits de mauvaise qualité et nocifs au bien-être de ses populations. La maladie de la vache folle, les épizooties successives, les scandales alimentaires, les préjudices financiers subis par les consommateurs du fait des investisseurs,

---

**767** Article 33 § 7 (a) et (b) de l'ECOWIC.
**768** Article 33 § 7 § (e) de l'ECOWIC.
**769** Article 33 § 7 § (c) de l'ECOWIC.
**770** Les rédacteurs de l'ECOWIC ont pris soin de rappeler la responsabilité des États d'adopter ou de maintenir des lois de protection des consommateurs, lesquelles lois doivent être en harmonie avec l'Acte additionnel de la CEDEAO relatif à la concurrence adopté en 2008. Cf. Article 33 § 3.
**771** CNUCED, *Manuel sur la protection du consommateur*, *op. cit*., p. 3.
**772** *Idem.*
**773** Voir BOURGOIGNIE (T.), ST-PIERRE (J.), « Le statut de la politique du consommateur dans les systèmes régionaux économiquement intégrés : Une première évaluation comparative », *Revue Québécoise de Droit International,* N°20, t. 1, 2007, pp. 5-6.

entre autres, ont laissé des souvenirs amers[774] qui donnent aujourd'hui du crédit aux obligations économiques et extra-économiques insérées dans les accords d'investissement des CER africaines.

## SECTION II. DES OBLIGATIONS EXORBITANTES DES OPÉRATIONS PUREMENT ÉCONOMIQUES

La palette des obligations pesant désormais sur les investisseurs est bien large. Elle couvre des considérations qui autrefois ne faisaient pas l'objet d'une grande attention. Les CER africaines ont systématiquement intégré des obligations extra-économiques aux dispositifs de leurs nouveaux textes relatifs aux investissements[775]. On aperçoit une prégnance des obligations visant le bien-être des communautés locales et la protection de l'environnement **(§1)**, ainsi qu'une présence d'obligations sociopolitiques **(§2).** Des obligations qui contribuent à former un « relais juridique » entre le droit de réglementation des États hôtes et les droits des investisseurs étrangers de jouir d'une protection adéquate[776].

### §1. LA PRÉGNANCE D'OBLIGATIONS SOCIO-ENVIRONNEMENTALES

Le développement durable est au cœur du nouveau régime juridique africain des investissements. Il sous-tend les nouvelles lois et politiques régionales relatives aux investissements. Les CER africaines se sont employées à assurer une intégration équilibrée des dimensions économiques, environnementales et sociales dans leurs textes d'investissement. Les investisseurs étrangers désireux de s'établir sur le territoire d'un État membre de ces CER ont l'obligation de procéder à une évaluation préalable des impacts de leurs opérations **(A).** Une fois admis, ils devront effectuer leurs activités conformément aux bonnes pratiques de gestion environnementale **(B).**

---

[774] PEKASSA NDAM (G.), « En guise de propos introductif sur la protection du consommateur en Afrique », *Revue Dialectique des Intelligences*, N°1, Premier semestre, 2016, p. 6.

[775] Ces obligations ont été dénommées *« non-investment obligations »* par la doctrine anglosaxonne. Voir, par exemple, PRISLAN (V.), « Non-Investment Obligations in Investment Treaty Arbitration: Towards a Greater Role for States ? », *in* BAETENS (F.), Investment Law Within International Law : Integrationist Perspectives, *op. cit.,* pp. 450-481 ; Voir aussi HIRSCH (M.), « Interactions between Investment and Non-Investment Obligations », *in* MUCHLINSKI (P.) et al.,(ed.), *Oxford Handbook of International Investment Law, 2012,* pp. 154-181.

[776] MBENGUE (M. M.), « Les obligations des investisseurs », *op. cit.,* p. 304.

## A. L'obligation *ex ante* d'évaluation des impacts

L'évaluation des impacts a pour but de *« prédire les conséquences environnementales et sociales à la fois positives et négatives de tout plan, politique, projet ou programme avant la décision de mise en œuvre de la mesure proposée »*[777]. La nouvelle génération d'accords régionaux africains d'investissement oblige les investisseurs étrangers à y recourir avant de s'établir sur le territoire de l'État hôte. Il est opportun d'examiner ses aspects substantiels **(1)** et procéduraux **(2).**

### *1. Les aspects substantiels de l'évaluation des impacts*

Il y a lieu de souligner d'entrée que la paternité de l'évaluation des impacts revient au droit de l'environnement. C'est « la pensée écologisée » qui a, la première, donné forme et force à la notion d'évaluation ou d'étude de l'impact environnemental (EIE)[778]. Instrument juridique et scientifique original[779], l'EIE permet de s'assurer que les implications environnementales d'un projet sont évaluées avant la décision de sa mise en œuvre. Il constitue une réponse juridique aux besoins de gestion de risque et un élément essentiel pour une bonne prise de décision[780].

Elle a été exigée et invoquée dans une multiplicité de textes juridiques internationaux[781] à telle enseigne qu'elle est devenue une obligation de nature coutumière en droit international. En effet, vers la fin de l'année 2000, le CIRDI relevait l'importance de

---

[777] LUTHER (M. M.), COLLINSON (H.), « Accords d'investissement internationaux : Guide de sensibilisation pour la société civile », p. 24, cité par KOULA (B. M.), *Le développement durable dans les traités régionaux africains d'investissement : cas de la SADC et de la CEDEAO, op. cit.,* p. 221.

[778] Voir MONEDIAIRE (G.), « L'étude d'impact social : un instrument procédural au service du « pilier social » du développement durable », disponible sur https://www.sifee.org/static/uploaded/Files/ressources/actes-des-colloques/paris/pleniere-3/5_MONEDIAIRE_TXT.pdf, consulté le 2 novembre 2021.

[779] PRIEUR (M.), « Instruments internationaux et évaluation environnementale de la biodiversité : enjeux et obstacles », *Revue Juridique de l'Environnement*, N° spécial, 2011, p. 7 ; disponible sur https://www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_2011_hos_36_1_5604, consulté le 20 octobre 2021.

[780] VADI (V. S.), « Environmental Impact Assessment in Investment Dispute: Method, Governance, and Jurisprudence », *Polish Yearbook of International Law*, XXX, 2010, p. 170. Pour une étude approfondie de la notion d'évaluation de l'impact environnemental en droit international, voir CRAIK (N.), *The International Law of Environmental Impact Assessment : Process, Substance and Integration,* Cambridge University Press, 2008, 332 p.

[781] Plusieurs instruments internationaux de *soft law* adoptés dans le cadre des Nations Unies font expressément référence à l'évaluation de l'impact environnemental (EIE). L'on citera entres autres, *la Charte mondiale sur la nature* adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1982 (Principe 11), les *Lignes directrices pour l'évaluation de l'impact sur l'environnement* adoptées à Nairobi le 17 juin 1987 par le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (Résolution 14/25 du Conseil d'administration), la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement* de 1992 (Principe 17), la *Convention des Nations Unies sur l'évaluation de l'impact environnemental transfrontières* (Convention d'Espoo) adoptée en 1991 et en vigueur depuis 1997, le Projet d'articles de la Commission du Droit International sur *la Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses* de 2001 (cinquante-troisième session de la Commission).

l'EIE en affirmant, dans *l'Affaire Maffezini c. Espagne*, qu'elle est fondamentale pour une protection adéquate de l'environnement et pour l'application des mesures préventives appropriées. Les arbitres ont ajouté que cette exigence était valable, non seulement en droit espagnol et en droit de l'UE, mais également en droit international général[782]. Quelques années plus tard, dans une affaire qui opposait l'Argentine à l'Uruguay, la CIJ admettra cette position du CIRDI[783]. Il est donc indéniable que l'exigence de l'EIE est profondément enracinée dans la planification et l'exécution des projets de développement. L'augmentation exponentielle des flux des investissements chinois en Afrique et leurs implications sur l'environnement ces deux dernières décennies ont aiguisé la conscience des États relativement à cette exigence[784].

Si l'évaluation des impacts a été longtemps dominée par des exigences environnementales, cette notion s'est finalement ouverte à des considérations sociales. Il existe de nos jours une exigence d'évaluation de l'impact social (EIS) qui consiste en l'étude des impacts économiques, sociaux et culturels des activités industrielles sur les communautés locales[785]. L'EIS est un instrument crucial dans le secteur extractif marqué par des activités industrielles qui empiètent sur le droit foncier et les ressources en eau des communautés locales. Sa finalité est d'atténuer les impacts négatifs et de renforcer les

**782** Le CIRDI disait ce qui suit: *« environmental impact assessment procedure is basic for the adequate protection of the environment and the application of appropriate preventive measures. This is true, not only under Spanish and EU law, but also increasingly so under international law",* Voir ICSID, *Emilio Agustin Maffezini v Kingdom of Spain*, Case n°ARB/97/7, Award, 13 November 2000, § 67.

**783** Dans cette affaire la CIJ estimait que : *« l'on peut considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée »* CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay),* Arrêt du 20 avril 2010, recueil 2010, p. 83, § 204.

**784** Sur l'impact des investissements chinois sur l'environnement en Afrique et les différends y afférents, Voir SHINN (H. D.), « The Environmental Impact of China's Investment in Africa », *Cornell International Law Journal,* vol. 49, N° 25 2016, pp. 26-67.

**785** A en croire le Professeur Gérard Monédiaire, les réflexions internationales ayant conduit à la légitimation l'évaluation de l'impact social ont été essentiellement menées par le Professeur Franck Vanclay et son équipe dans le cadre de *l'International Association for Impact Assessment.* Voir MONEDIAIRE (G.), « L'étude d'impact social : un instrument procédural au service du pilier social du développement durable », *op. cit.* p. 4. Voir à ce propos, VANCLAY (F.), « International Princples for Social Impact Assessment », *Impact Assessment and Project Appraisal* , march 2003, vol. 21, n° 1, 8 p, BURDGE (R. J.), VANCLAY (F.), « Social Impact Assessment : A Contribution to the State of Art series », *Impact Assessment,* march 1996, vol. 14, n° 1, pp. 59-86, ESTEVES (A. M.), FRANKS (D.), VANCLAY (F.), « Social Impact Assessment : The State of the Art », *Impact Assessment Project and Appraisal*, march 2012, n°30, vol. 1, pp. 34-42, VANCLAY (F.), « Reflections on Social Impact Assessment in the 21st Century », *Impact Assessment Project and Appraisal,* 2020, vol. 38, N° 2, pp. 126-131.

opportunités qu'ils présentent pour les communautés locales et pour la société dans son ensemble[786].

Avec l'évolution des objectifs de développement durable des États hôtes, les enjeux environnementaux et sociaux sont difficilement sécables. Les mener de front est impérieux[787]. Les accords régionaux africains ont adopté cette démarche progressiste. Ils contraignent les opérateurs économiques étrangers à conduire une évaluation de l'impact environnemental et social dans la zone où les activités sont envisagées ; ceci à l'étape précédant l'établissement de leur investissement sur le territoire du potentiel État récepteur. Conformément aux dispositions de l'article 31 § 2 de l'Accord révisé du COMESA, « *COMESA Investors or their investments shall comply with environmental and social assessment screening criteria and assessment processes applicable to their proposed investments prior to their establishment, as required by the laws of the host state for such an investment ».*

Le Modèle de TBI de la SADC assujettit les investisseurs étrangers aux mêmes prérequis. Ce texte exige que ceux-ci se conforment aux législations nationales de l'État d'accueil ou de l'État d'origine ou encore aux standards internationaux les plus rigoureux régissant l'étude des impacts, notamment ceux établis par la Société Financière Internationale[788]. Les rédacteurs de l'ECOWIC sont restés fidèles à l'esprit de l'Acte additionnel de 2008 qui renvoyait les investisseurs à l'évaluation préalable des impacts de leurs projets d'investissement[789]. Ils ont réitéré le devoir des investisseurs étrangers d'*« entreprendre des évaluations d'impact environnemental et social obligatoires préalables à l'investissement, de leurs activités commerciales et investissements proposés sur l'environnement naturel et la population locale de la juridiction concernée »*[790].

Par suite de l'extension de l'évaluation des impacts au « pilier social » du développement durable[791], une nouvelle tendance consistant à y incorporer les questions des

---

**786** WILSON (E.), « What is Social Impact Assessment », in *Indigenous Peoples rights and Resource Extraction in the Arctic: Evaluating Ethical Guidelines,* January 2017, p. 1.
**787** *Supra,* note 504.
**788** Le Modèle de TBI de la SADC dispose à l'article 13 § 1 que *« Investors or their Investments shall with environmental and social assessment screening criteria and assessment processes applicable to their proposed investments prior to their establishment as required by the laws the Host State for such an investment [or the laws of the Home State for such an invest] [or the International Finance Corporation's Performance standards on Environmental and Social Impact Assessment], whichever is more rigorous in relation to Investment question ».*
**789** Cf. Article 12 § 1 de l'Acte additionnel de la CEDEAO de 2008.
**790** Art. 27 § 1 (b) de l'ECOWIC.
**791** *Idem.*

droits de l'homme, a émergé[792]. Il s'agit d'un processus qui devrait servir « *à évaluer les incidences effectives et potentielles sur les droits de l'homme ; à regrouper les constatations et à leur donner une suite, à suivre les mesures prises et à faire savoir comment il est remédié à ces incidences »*[793]. Le Modèle de TBI de la SADC et l'Accord révisé du COMESA font partie des rares instruments relatifs aux investissements qui imposent explicitement une évaluation des impacts sur les droits humains (EIDH). Ces textes prévoient que l'évaluation des impacts *« include assessments of the impacts on human rights of the persons in the areas potentially impacted by the investment »*[794]. Cette obligation imposée aux investisseurs étrangers est profitable aux communautés locales dont les droits sont bien souvent violés. L'EIDH expose les risques ou les atouts que peuvent comporter l'implantation d'une industrie sur les droits des riverains.

La fonction de développement des investissements étrangers ne saurait être effective que si les États d'accueil mettent en place un dispositif qui permette de prédire toutes éventualités de l'exploitation de ces investissements. L'évaluation préalable de l'impact environnemental et social, conduite par un investisseur étranger, constitue un outil important et déterminant dans la décision d'approbation d'un projet d'investissement par les acteurs publics et privés du potentiel État récepteur. Les rédacteurs de l'ECOWIC ont choisi de le rappeler clairement aux États membres de la CEDEAO. Il a été prévu que *« la participation à la mise en œuvre des plans économiques et sociaux »* et *« le rapport d'évaluation de l'impact environnemental et social »* sont quelques-uns des critères dont il faut obligatoirement tenir compte dans l'évaluation d'un investissement proposé[795].

L'intégration d'une obligation *ex ante* d'évaluation des impacts dans la majorité des accords régionaux africains est une avancée qu'il est légitime de saluer si l'on observe les répercussions des activités des opérateurs économiques étrangers sur l'environnement et le bien-être des communautés locales. Les aspects procéduraux de l'obligation imposée par ces textes dénotent leur modernité.

---

**792** Cette nouvelle tendance a véritablement émergé avec l'élaboration des *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme* sous la houlette du Professeur John Ruggie, Ancien Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises (2005-2011).

**793** HCDH, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et droits de l'Homme,* New York et Genève, 2011, p. 20 ; disponible sur https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_fr.pdf, consulté le 21 octobre 2021.

**794** Cf. Article 13 § 2 du Modèle de TBI de la SADC et l'article 31 § 3 de l'Accord révisé du COMESA.

**795** Cf. Article 31 § 7 (b) et (g) de l'ECOWIC.

## 2. *Les aspects procéduraux de l'évaluation des impacts*

Au détour de l'obligation préalable d'évaluer les impacts des projets d'investissement, la question de la procédure à appliquer fait surface. Les accords régionaux d'investissement imposent des règles à respecter par les investisseurs durant le processus d'évaluation des impacts environnementaux et sociaux. Ces règles, dont le patrimoine génétique se trouve dans les objectifs de développement durable, s'apparentent à des conditions de validité du rapport de l'évaluation des impacts que l'investisseur est tenu de fournir au potentiel État récepteur. Elles se traduisent premièrement par le devoir d'appliquer le principe de précaution[796].

Aux termes de l'article 27 § 1 (c) de l'ECOWIC, les investisseurs sont conviés à *« appliquer le principe de précaution à leurs évaluations d'impact environnemental et social et aux décisions prises en rapport avec un investissement proposé, y compris toute approche d'atténuation ou tout autre solution requise dans le cadre de cet investissement »*[797]. Le Modèle de TBI de la SADC et l'Accord révisé du COMESA renferment des dispositions similaires au sujet de ce principe. Seulement, ces deux textes, adoptés antérieurement à celui de la CEDEAO, ont usé d'un langage extrême en énonçant que l'application de ce principe peut inclure une interdiction de l'investissement proposé et qu'elle doit être décrite dans l'étude entreprise par les investisseurs[798].

Dans l'affaire relative au *Projet Gabcikovo-Nagymaros*[799], la CIJ a tranché que *« to evaluate environmental risks, current standards must be taken into consideration »*[800]. Les

---

[796] Le principe de précaution s'est enraciné en droit international de l'environnement pour finalement fleurir dans d'autres branches du droit. Conformément à cette règle, *« en cas de risque de dommages graves ou irrésistibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ».* Cf. Principe 15 de la Déclaration de Rio de 1992. Voir aussi JORDAN (A.), TIMOTHY (O.), « The Precautionary Principle: A Legal and Policy History », *in* MARTUZZI (M.), TICKNER (J. A.), (ed.), *The Precautionary Principle: Protecting Public Health, the Environment and the Future of our Children,* WHO, 2004, pp. 33-36.

[797] Article 27 § 1 (c) de l'ECOWIC.

[798] Le Modèle de TBI de la SADC et l'Accord révisé du COMESA posent que les investisseurs *« shall apply the precautionary principle to their environmental impact assessment and to decisions taken in relation to the proposed investment, including any necessaire mitigating or alternative approaches to the investment, or precluding the investment if necessary. The application of the precautionary principle by Investors and their Investments shall be described in the impact assessment ».* Cf. Article 13 § 4 du Modèle de TBI de la SADC, Article 31 § 5 de l'Accord révisé du COMESA.

[799] CIJ, Affaire relative au projet *Gabcikovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), 25 septembre 1997, voir ONU, Résumé des arrêts, avis consultatifs et ordonnance de la Cour internationale de Justice 1997-2002, New York, 2006, pp. 1-14, disponible sur https://legal.un.org/icjsummaries/documents/french/st_leg_serf1_add2.pdf, consulté le 2 novembre 2021.

[800] Case concerning the *Gabcikovo-Nagymaros project* (Hungry v. Slovakia), ICJ Reports, 1997, p. 7, cité par BOISSON DE CHARZOURNES (L.), « Environment Protection and Investment Arbitration : Yin and Yang ? », *op. cit.,* p. 375. Pour une analyse de cette affaire, voir MALJEAN-DUBOIS (S.), « L'Arrêt rendu

standards en question concernaient les principes de précaution et de prévention, l'équité intergénérationnelle et le développement durable. La Cour a ainsi établi un équilibre entre les intérêts en jeu et l'importance des standards environnementaux en considérant que *« this need to reconcile economic development with protection of environment is aptly expressed in the concept of sustainable development »*[801]. Le principe de précaution dote les États d'accueil du pouvoir d'exercer un contrôle en amont sur les activités économiques des investisseurs étrangers, lesquelles activités ne seront autorisées que si leurs promoteurs (les investisseurs) fournissent des preuves scientifiquement vérifiables qu'elles ne causeront pas des dommages.

Les accords régionaux africains d'investissement soumettent les entreprises étrangères à l'adoption d'un « comportement assurantiel », c'est-à-dire qu'elles sont à même d'envisager des activités dont les retombées économiques sur le territoire de l'État d'accueil sont immédiates sans pour autant ignorer de limiter le champ d'action ou *« l'espace des possibles et des impossibles »* avant leur établissement[802]. De cette manière, l'application du principe de précaution dans l'évaluation des impacts sur la santé, l'environnement et le bien-être des communautés locales implique une planification fondée sur des critères précis et des objectifs bien définis. Les mesures à prendre dans ce sens se doivent de reposer sur une appréciation d'experts actualisée, indépendante et transparente[803].

Hormis le principe de précaution, l'évaluation des impacts est soumise à publicité. En effet, les investisseurs sont tenus de divulguer les informations relatives à l'évaluation des impacts environnementaux et sociaux. L'ECOWIC les oblige à *« rendre les évaluations de l'impact environnemental et social des investisseurs accessibles au grand public, aux communautés locales affectées et à tous les autres intérêts touchés dans l'État membre de l'investissement proposé »*[804]. Il en va de même du Modèle de TBI de la SADC et de l'Accord révisé du COMESA qui ajoutent d'ailleurs que ces informations doivent être accessibles *« in an effective and sufficiently timely manner so as to allow comments to be*

---

par la Cour Internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l'affaire relative au projet *Gabcikovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), *AFDI,* Vol. 43, 1997, pp. 28-332.

**801** *Ibidem,* p. 376. Pour une analyse de cette affaire, voir MALJEAN-DUBOIS (S.), « L'Arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l'affaire relative au projet *Gabcikovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie) », *AFDI,* Vol. 43, 1997, pp. 28-332.

**802** SPAETER (S.), « Principe de précaution et comportements préventifs des firmes face aux risques environnementaux », 2002, p. 4, disponible sur https://core.ac.uk/download/pdf/6857574.pdf, 10 novembre 2021.

**803** Ces exigences sont contenues dans la *Déclaration de New Dehli sur les principes de droit international relatifs au développement durable*, in *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, *op. cit.,* p. 487.

**804** Article 27 § 1 (d) de l'ECOWIC.

*made to the Investor, Investment and/or government prior to the completion of the Host State processes for establishing an Investment »*[805].

La publication des résultats de l'évaluation des impacts devrait donc avoir lieu avant la réalisation complète des mesures prises par l'État d'accueil pour prescrire les formalités d'établissement de l'investissement proposé[806]. Ce détail contenu dans les instruments juridiques d'investissement de la SADC et du COMESA n'est pas fortuit. Il représente un apport capital pour les communautés locales potentiellement affectées, en ce qu'il favorise la considération de leurs commentaires et l'intégration de leurs préoccupations dans la prise de décision relative à l'investissement proposé.

L'on pourrait exprimer un certain regret que les rédacteurs de l'ECOWIC se soient limités à l'exigence de publicité, quand on sait que la participation du public est *« un élément essentiel du développement durable et de la bonne gouvernance »*[807]. Au fil des années, la procédure suivie par les porteurs de projets pour entreprendre l'évaluation des impacts n'est pas toujours claire. Elle comporte une certaine forme d'arbitraire susceptible de conduire à la contestation de sa validité. Ces lacunes sont de nature à provoquer la marginalisation de l'étude des impacts environnementaux et sociaux comme outil d'aide à la décision et à l'affaiblissement de son rôle dans l'appréciation et la réalisation de projets d'investissement[808]. À cet égard, la participation du public pourrait apparaître comme un indicateur fiable de la transparence et de la pertinence de l'évaluation des impacts environnementaux et sociaux effectués par les investisseurs.

Un investisseur qui convainc le gouvernement d'un État d'accueil par son rapport d'évaluation d'impacts est autorisé à s'établir sur le territoire de ce dernier. Néanmoins, les accords régionaux d'investissement l'assujettissent à une obligation ultérieure de gérer efficacement l'environnement dans la réalisation de ses activités économiques. Il ne suffit pas de prédire pour s'installer. Il est aussi obligatoire d'agir pour s'installer dans la durée.

## B. L'obligation *ex post* de bonne gestion environnementale

Les questions environnementales représentent aujourd'hui une préoccupation à intégrer dans les activités productives. Les pressions réglementaires sont incessantes, tant en droit

**805** Cf. Article 13 § 3 (b) du Modèle de TBI de la SADC ; Article 32 § 4 (b) de l'Accord révisé du COMESA.
**806**Cf. Article 12 (c) du Modèle d'Accord multilatéral sur l'investissement pour le développement durable.
**807** Article 5§ 1 de la *Déclaration de New Dehli sur les principes de droit international relatifs au développement durable*.
**808** COTE (G.), WAAUB (J-P.), MARESCHAL (B.), « L'évaluation d'impact environnemental et social en péril : la nécessité d'agir », *Revue électronique en sciences de l'environnement*, Vol. 17, N° 3, 2017, p. 2.

interne qu'en droit international pour le respect des écosystèmes, sans quoi les activités menées par les entreprises seraient entachées d'illégitimité[809]. Les nouveaux accords régionaux d'investissement adoptés par les CER africaines font obligation aux investisseurs étrangers de respecter les meilleures pratiques de gestion environnementale pendant qu'ils opèrent dans les États d'accueil **(1).** En vue du respect effectif de cette exigence, ceux-ci ne pouvaient pas y rester indifférents. Leur apport s'avère nécessaire **(2).**

## *1. L'obligation de respect des meilleures pratiques par les investisseurs*

Dans le souci permanent de développement durable, l'exigence des valeurs environnementales dans les opérations d'investissement est apparue comme une nécessité pour les CER africaines. Elle répond d'ailleurs au Principe 4 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement qui prévoit que *« la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément »*[810]. La nouvelle génération d'accords régionaux d'investissement inclut avant tout l'obligation pour les investisseurs de se conformer au droit local et aux conventions internationales relatifs à la protection de l'environnement. L'ECOWIC pose, par exemple, que les investisseurs doivent « *exercer leurs activités commerciales en stricte conformité avec les lois et les réglementations et pratique administrative nationales applicables en matière d'environnement des États membres et d'autres accords multilatéraux applicables à leurs investissements »*[811]. La bonne gestion de l'environnement requise découle de cette obligation[812].

Le Modèle de TBI de la SADC et l'Accord révisé du COMESA énoncent l'obligation de maintien d'un système de gestion environnementale (SGE) par les investisseurs[813], ainsi

---

**809** BOIRAL (O.), « Environnement et économie : une relation équivoque », *Revue électronique en science de l'environnement*, vol. 5, N° 2, 2004, p. 1.

**810** Ce principe sous-entend la possibilité d'introduire des considérations environnementales dans les normes de protection des investisseurs et de leurs investissements. DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.*, p.475.

**811** Article 27 § 1 (a) de l'ECOWIC.

**812** Encore dénommée « management environnemental » ou « eco management », la gestion environnementale désigne les décisions et les actions concernant l'affectation et le développement des ressources, ainsi qu'à l'utilisation, la restauration, la réhabilitation, la surveillance et l'évaluation de la modification de l'environnement. Elle est basée sur des décisions, des stratégies, des programmes et des projets relatifs à l'utilisation ou à la protection de l'environnement. Voir MAUREEN (G. R.), « Gestion de l'environnement », *Encyclopédie canadienne,* Décembre 2013, disponible sur https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/gestion-de-lenvironnement#, consulté le 12 novembre 2021.

**813** La British Standards Association fut la première organisation à établir des directives sur le maintien des SGE dans son Rapport BS7750 en 1992, *Supra*, note 537.

que le devoir de respect des bonnes pratiques de conduite des affaires[814], conformément aux meilleures pratiques internationalement reconnues en la matière. À titre d'exemple, les investisseurs employant plus de 250 ou opérant dans le secteur de l'exploitation des ressources naturelles ou encore ceux qui exercent des activités industrielles à risque élevé maintiendront une certification ISO 14001 ou une norme de gestion équivalente[815]. Le Modèle de TBI de la SADC retient la certification ISO 14000[816]. Le maintien d'un système de gestion environnementale a le mérite de mettre en évidence les actes concrets posés par un investisseur dans le but de protéger l'environnement. Les normes de SGE rendent compte de leurs efforts d'observation des législations nationales et internationales liées aux investissements.

L'ECOWIC exprime l'exigence des normes de SGE de manière relativement enrobée. En vertu de ce texte, les investisseurs menant des activités dans la région CEDEAO sont astreints à assurer une gestion responsable et éthique des produits et des processus en gardant à l'esprit la nécessité de protéger le couvert environnemental[817]. L'exigence consiste à *« adopter et mettre en œuvre, partout où ils opèrent, des politiques et normes de fonctionnement en matière de production et d'élimination de déchets dangereux, normes équivalentes ou non moins strictes que celles de leurs pays d'origine, y compris la mention de décisions, l'impact sur les ressources communautaires locales et les risques sanitaires prévisibles liés à l'environnement et à la production, le transport et de l'élimination des déchets »*[818].

La bonne gestion de l'environnement par les investisseurs ne saurait être ponctuelle et éphémère. Elle devrait s'étaler sur la durée de vie de l'investissement. Les rédacteurs des accords régionaux se sont employés à y introduire des dispositions invitant les investisseurs à l'amélioration continue des plans et stratégies de gestion environnementale. Le Modèle de TBI de la SADC et l'Accord révisé du COMESA sont explicites à ce propos :

---

**814** On peut lire à l'article 31 § 1 de l'Accord révisé du COMESA que *« COMESA investors, in keeping with good practice requirements relating to the size and nature of the investment, and as required under the domestic laws, maintain an environmental management system consistent with recognized international environmental management standards and good business practice standard »*. Des dispositions similaires sont prévues à l'article 14 § 1 du Modèle de TBI de la SADC.

**815** Cf. Article 14 de Modèle d'Accord multilatéral sur l'investissement pour le développement durable.

**816** Commentaire de l'article 14 du Modèle de TBI de la SADC. La Certification ISO 14000 est plus récente et plus dense. Elle inclut, au-delà des normes de SGE, des normes sur l'évaluation environnementale des sites et des organisations, ainsi que l'évaluation du cycle de vie et la communication environnementale. *Supra,* note 537.

**817** Article 29 § 1 (vii) de l'ECOWIC.

**818** Article 29 § 1 (viii) de l'ECOWIC.

*« environmental management plans shall include provision for the continued improvement of environmental management technologies and practices over the life of the Investment »*[819].

Aux termes de l'ECOWIC, les investisseurs ont l'obligation de prendre des mesures pour accroître l'efficacité de l'utilisation des ressources par l'augmentation du recyclage et la fourniture des connaissances et l'assistance technique[820]. Au surplus, ils ont la responsabilité d'*« accroître la recherche et le développement, aux plans national et mondial, sur les technologies et sur les systèmes de gestion de l'environnement qui soient écologiquement rationnelles »*[821]. Tous ces textes vont jusqu'à exiger l'élaboration de plans d'urgence et de prévention des dommages environnementaux, ainsi que leur actualisation régulière[822].

On sent bien l'existence d'une pression écologique sur les investisseurs étrangers, caractérisée par la multiplication et le durcissement des dispositions relatives à la protection de l'environnement dans les accords régionaux d'investissement. La conscience écologique des CER africaines y est très prononcée. L'on aurait tort de penser que cette approche constituerait un écueil aux flux des investissements, sauf si elle est guidée par une intention de protectionnisme[823]. Adoptées de bonne foi – l'on ose croire qu'il en est ainsi dans les CER africaines - les exigences aux fins d'une bonne gestion environnementale peuvent constituer un facteur d'attraction des investissements responsables. À cet égard, les États d'accueil ont un rôle de premier plan à jouer.

## *2. La contribution nécessaire des États d'accueil*

La finalité recherchée par les États membres des CER africaines en adoptant de nouveaux textes d'investissement est d'attirer les investissements capables de promouvoir le développement durable. Toutefois, l'on conviendra avec certains auteurs qu'*« attirer l'investissement ne suffit pas : un développement durable dépend tout autant de la qualité que de la quantité de l'investissement reçu. Il incombe aux responsables de l'action publique de tirer le meilleur parti des investissements reçus pour qu'ils produisent le maximum*

**819** Cf. Article 14 § 4 du modèle de TBI de la SADC, Article 32 § 4 de l'Accord révisé du COMESA.
**820** Article 29 § 1 (i) de l'ECOWIC.
**821** Article 29 § 1 (vi) de l'ECOWIC.
**822** Cf. Article 32 § 2 de l'Accord révisé du COMESA, Article 14 § 2 du Modèle de TBI de la SADC, Article 29 § 1 (ix) de l'ECOWIC.
**823** Tous les textes étudiés interdisent expressément les mesures de protectionnisme économique.

*d'effets positifs »*[824]. La gestion efficace de l'environnement par un investisseur relève de la responsabilité de l'État d'accueil.

Tandis que les autres accords régionaux se sont contentés de soumettre les investisseurs au respect des bonnes pratiques de gestion environnementale, l'ECOWIC s'est illustré par la description des actions que les États d'accueil sont tenus d'entreprendre pour y parvenir. Ce texte met les investisseurs étrangers et les États au même diapason en matière de gestion environnementale. Comme l'énonce l'article 29 § 1, *« les États membres et les investisseurs estiment que la gestion de l'environnement constitue l'une des plus grandes priorités de l'entreprise et un facteur déterminant du développement durable »*. Il en résulte plusieurs responsabilités pour les États d'accueil des investissements : la réaffirmation de leur engagement à promouvoir des politiques d'investissement durable liées à la protection de l'environnement, l'encouragement de hauts niveaux de protection de l'environnement et la facilitation de l'application effective des lois environnementales[825].

Cela revient à dire que les investisseurs étrangers ne pourront respecter les règles de protection de l'environnement que si elles existent réellement. Ces lois et politiques, si elles sont existantes, devraient prévoir et encourager des niveaux élevés de protection de l'environnement et à poursuivre l'amélioration de ces niveaux[826]. En outre, cette disposition suppose la nécessité pour un État d'accueil de disposer d'autorités de régulation veillant à ce que les entreprises conduisent leurs affaires en conformité avec les exigences environnementales. Acteur principal de son propre développement durable, l'État d'accueil jouera pleinement son rôle de législateur, de régulateur et de coordonnateur pour l'effectivité de la protection de l'environnement.

L'ECOWIC prévoit des clauses de non-abaissement des standards relatifs à l'environnement. Aux termes de l'article 22 § 4 de ce Code, *« un État membre ne doit pas renoncer, ni déroger à ses lois nationales sur l'environnement de manière à réduire la protection prévue par ces lois dans le but de favoriser les investissements transfrontaliers ou les échanges commerciaux entre les États membres de la région de la CEDEAO ».* Il ne pourra pas non plus s'empêcher de mettre en œuvre ses lois nationales sur l'environnement

[824] BIAU (C.), PFISTER (M.), « Créer un environnement favorable à l'investissement et au développement durable », *in* OCDE, *Mobiliser les ressources au service du développement durable,* Editions OCDE, 2015, p. 160.
[825] Article 21 § 1 de l'ECOWIC.
[826] Article 22 § 3 de l'ECOWIC.

par une action ou une inaction soutenue ou récurrente[827]. L'objectif de ces dispositions est d'interdire toute tentative d'un État d'accueil d'assouplir ou d'éliminer les normes de protection de l'environnement dans le dessein d'inciter et d'attirer les investisseurs étrangers.

De coutume, les clauses environnementales dans les accords régionaux s'observent dans les exceptions générales qui réaffirment le droit de réglementation des États d'accueil. Les prévoir comme des obligations qui pèsent aussi bien sur les investisseurs que sur les États hôtes est un choix rare dans la pratique du droit international des investissements[828]. L'Accord révisé du COMESA et le Modèle de TBI de la SADC sont saisissants pour la prégnance des considérations environnementales dans leur dispositif, exprimée dans les exceptions aux normes de protection, dans les clauses de non-abaissement et surtout dans les obligations de résultat qu'ils exigent des investisseurs. Cependant, l'ECOWIC impressionne davantage par son association des États d'accueil à la tâche de protection de l'environnement. Cette approche n'est pas récente dans l'espace CEDEAO. L'Acte additionnel de 2008 en est le pionnier à l'échelle continentale, voire mondiale. Cet instrument juridique a été le premier à dépasser la fonction essentiellement normative des États d'accueil des investissements pour incorporer des obligations tous azimuts à leur charge, dont celle de s'engager à protéger l'environnement[829].

S'il convient d'admettre que *« la réalisation de certains objectifs sociétaux requiert une action combinée et concomitante des investisseurs et des États* »[830], l'on ne pourrait que soutenir le dithyrambe de Mucuthumarswamy Sornarajah à propos de l'ECOWIC qu'il a récemment qualifié de *« impressive code »* et de *« newer balanced investment treaty »*[831]. La responsabilisation des investisseurs en matière de protection de l'environnement n'est pas circonscrite à l'esprit de coopération entre investisseurs étrangers et États hôtes. Elle a été prolongée à la coopération régionale entre les États membres de la CEDEAO. Ces derniers devraient renforcer leurs capacités collectives et coopérer pour traiter entre eux des questions liées à la préservation du couvert environnemental et sa gestion durable[832].

---

**827** Article 22 § 5 de l'ECOWIC.

**828** Voir MBENGUE (M. M.), « Les obligations des investisseurs », *op. cit.,* p. 312.

**829** Le Chapitre IV de l'Acte additionnel de 2008 est entièrement dédié aux obligations des États d'accueil. Voir également GAZZINI (T.), « Beyond Protection : the Role of the Home State in Modern Foreign Investment Law », in TITI (C.) (ed.), *Public Actors in International investment Law, European Yearbook of International Economic Law,* 2021, p. 30.

**830** MBENGUE (M. M.), « Les obligations des investisseurs », *op. cit.,* p. 333.

**831** SORNARAJAH (M.), *International Law on Foreign Investment*, op. cit. p. 337.

**832** Cf. Article 26 de l'ECOWIC.

L'on aurait souhaité que tous les accords régionaux d'investissement renfermassent les dispositions supplémentaires prévues par l'ECOWIC. À tout le moins, ces textes sont suffisamment *« eco-friendly »*[833]. Tout analyste du régime africain des investissements devrait s'en réjouir, car *« the growth of eco-friendly and socially responsible standards applicable to investors allows for possible synergies between environment and investment protection »*[834]. Bien au-delà de leurs obligations de protection de l'environnement, les investisseurs sont sujets à d'autres exigences de nature sociale et politique.

### §2. LA SUBSTANCE DES OBLIGATIONS SOCIALES ET POLITIQUES

*« Il ne fait pas de doute que les concepteurs de l'ordre économique international n'ont jamais eu en vue d'aborder les relations que cet ordre pouvait entretenir avec d'autres secteurs de l'activité sociale »*[835]. L'incorporation des considérations extra-économiques dans les accords régionaux d'investissement dénote donc l'ambition des CER africaines de tourner définitivement la page des investissements qui n'auraient qu'une visée économique. Cette ambition s'est transformée en une détermination avec l'introduction audacieuse d'un certain nombre d'obligations rarement rencontrées dans les milliers d'instruments conventionnels relatifs à la promotion et à la protection des investissements : les obligations socio-politiques **(B)** et les exigences de respect des droits de l'homme **(A).**

## A. L'obligation de respect des droits humains

La libéralisation du commerce international a entraîné une logique d'ouverture des marchés nationaux africains aux investisseurs étrangers qui, dans la réalisation de leurs activités économiques, commettent quelques fois des abus sur les droits sociaux, les libertés démocratiques des populations locales et les conditions de travail[836]. Or, le développement socio-économique paraît, dans une certaine mesure, lié au respect des droits de l'homme[837]. Dans le dessein de remédier à cette situation, les nouveaux accords régionaux d'investissement élaborés par les CER africaines contiennent des obligations de respect des droits des citoyens des États d'accueil, que ceux-ci soient des ressortissants des

---

**833** BOISSON DE CHAZOURNES (L.), « Environmental Protection and Investment Arbitration : Yin and Yang ? », *op. cit.,* p. 387.
**834** *Idem*.
**835** SALAH (M. M.), *L'irruption des droits de l'homme dans l'ordre économique international : mythe ou réalité ?* Paris, LGDJ, 2012, p.
**836** RADIFOLE (R.), « Perspectives africaines des droits de l'homme en droit international des investissements », *Annuaire africain des droits de l'homme*, Vol. 4, 2020, p. 256.
**837** Voir à ce propos, AHADZI-NONOU (K.), *Droits de l'homme et développement en Afrique sub-saharienne : Théories et réalités,* Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2018, pp. 11-15.

communautés locales où l'investissement est basé **(1),** ou qu'ils soient employés dans les sociétés étrangères **(2).**

## *1. L'obligation de respecter les droits des populations locales*

Les tensions et les interactions entre investissements étrangers et droits de l'homme ont soulevé plusieurs débats doctrinaux[838]. En Afrique, la nouvelle génération d'accords régionaux d'investissement exige fermement des investisseurs étrangers de respecter les droits des communautés locales. L'Accord révisé du COMESA soumet les investisseurs à l'observation des *Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme* tout en s'ouvrant à une adaptation de ces principes aux circonstances locales, si nécessaire[839]. Ces Principes directeurs, issus principalement des travaux du professeur John Ruggie, postulent une triple responsabilité des investisseurs étrangers de protéger, de respecter et de réparer ; *« un repère net et précis et un jalon important pour la nouvelle perception des droits de l'homme »*[840].

Si la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme constitue une diligence requise de leur part aux termes des principes directeurs, l'Accord révisé du COMESA l'élève au rang d'obligations de résultat. Or, en droit international, une obligation de résultat est *« une obligation qui doit être à l'évidence exécutée de manière inconditionnelle »*[841]. De là, dans un langage bien ferme, ce texte énonce que *« COMESA*

---

**838** Voir par exemple, BEN WALID (H.), COULEE (F.) (dir.), *Convergences et contractions du droit des investissements et des droits de l'homme : Approche contentieuse,* Journées d'étude scientifique, Paris, Pedone, 2017, 368 p ; PETERSON (L. E.), *Droits humains et traités bilatéraux d'investissement : Le rôle du droit relatif aux droits humains dans l'arbitrage des différends entre investisseurs et États*, Droits et Démocratie*,* 2009, 45 p ; *in* BACHAND (R.) et al., « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *AFDI,* vol. 49, 2003, pp. 575-610 ; DUPUY (P-M), PETERSMANN (E-U.), FRANCIONI (F.), (ed.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 597 p ; FACH GOMEZ (K.), « La protección de los derechos humanos y el sistema de resolución de controversias derivadas de inversiones internacionales : Notas sobre una posible transición hacia un tribunal multinacional de inversiones, *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia,* San Sebastian, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 137-179. En ce qui concerne l'Afrique, Voir spécifiquement ADELEKE (F.), *International Law and Policy in Africa : Exploring a Human Right-based Approach to Investment Regulation and Dispute Settlement, op. cit*., 210 p ; RADILOFE (R.), « Perspectives africaines des droits de l'homme en droit international des investissements », *op. cit.,* pp.255-276.

**839** L'article 29 § 1 de l'Accord révisé du COMESA dispose que *« COMESA Investors and their Investments shall observe the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights with modifications necessary for local circumstances ».* Les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme suggèrent que les entreprises respectent les droits de l'homme et qu'elles évitent de porter atteinte aux droits des aux droits de l'homme d'autrui. Elles devraient également remédier aux incidences négatives qu'elles pourraient avoir sur ces droits et prévoir des conditions de réparation des victimes de violation de ces droits. (Cf. Principe directeur 11).

**840** OHCR, *La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme : guide interprétatif,* New York et Genève, HR/PUB/12/02, 2012, p. 1.

**841** Une obligation de résultat en droit international général s'entend d'une exigence faite sur personne physique ou morale d'atteindre un résultat précis. Dans la *Demande d'interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en*

*Investors and their Investments shall support and protect internationally proclaimed human rights »*[842]. Manquer à cette obligation serait une violation de l'Accord de la part des investisseurs étrangers.

Comme le précise le professeur Adama Kpodar, la consécration des droits de l'homme sur le plan universel fut solennellement orchestrée[843]. Ainsi, pour imposer l'obligation des investisseurs de les respecter, les rédacteurs du Modèle de TBI de la SADC n'y sont pas non plus allés de main morte. Ils ont retenu des termes assez autoritaires en prévoyant que les investisseurs et leurs investissements *« have the duty to respect human rights »* dans la communauté et l'État dans lequel ils effectuent leurs activités[844]. La *SADC Model BIT* de 2012 est d'ailleurs le modèle pionnier des obligations de résultat dans le monde[845]. La dernière version de ce document n'a fait que reprendre les termes de la première.

Bien plus, les instruments juridiques de la SADC et du COMESA interdisent aux investisseurs de contribuer d'une quelconque manière à la violation des droits de l'homme. Le Modèle de TBI de la SADC envisage que *« investors and their investment shall not assist in or be complicit in the violation of the human rights by others in the Host State, including by public authorities or during civil strife »*[846]. Cette obligation négative est présente dans l'Accord révisé du COMESA dans un langage plus succinct[847].

Il y a lieu de signaler que l'ECOWIC ne fait pas explicitement mention de l'obligation des investisseurs de respecter les droits de l'homme. Cette omission est surprenante, voire décevante dans la mesure où l'Acte additionnel de 2008 interdisait clairement aux investisseurs d'entreprendre ou de faire entreprendre des actes de violation des droits de l'homme[848]. Même si après examen de ce texte, aucun doute ne subsiste sur la responsabilité implicite des entreprises étrangères en matière de droits de l'homme, la prévision d'une

---

*l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c/ États-Unis), la CIJ estimait que les destinataires de ce type d'obligation sont *« libres de recourir aux moyens de leurs choix pour la mise en œuvre de cette obligation et, dans l'hypothèse où le moyen retenu ne permettrait pas d'atteindre le résultat escompté dans un délai raisonnable, ils doivent recourir promptement à d'autres moyens efficaces à cette fin »,* voir MBENGUE (M. M.), « Les obligations des investisseurs », *op. cit.,* p. 328.

**842** Article 29 § 2 (a) de l'ECOWIC.

**843** KPODAR (A.), « Les droits de l'homme saisi par le droit international », *RTSJ*, N°002, 2012, p. 24.

**844** Cf. Article 15 § 1 du Modèle de TBI de la SADC.

**845** MBENGUE (M. M.), « Les obligations des investisseurs », *op. cit.,* p. 329.

**846** Article 15 § 1 du Modèle de TBI de la SADC.

**847** L'article 29 § 2 de l'Accord révisé du COMESA dispose que *« COMESA investors and their Investments shall, among others : […] b) ensure their not complicit of human rights abuses ».*

**848**Cf. Article 14 § 2 de l'Acte additionnel de 2008.

obligation directe aurait été plus prudente et réconfortante pour les communautés locales souvent lésées et affectées par les activités des sociétés multinationales[849].

Il ressort de la pratique du droit international des investissements que les projets de grande échelle dans le secteur des ressources naturelles affectent un large éventail de droits des biens et des personnes[850]. Les opérations minières, pétrolières, agricoles et de foresterie emportent parfois des effets néfastes sur les exploitants, les habitants des zones forestières, les éleveurs et les pêcheurs artisanaux, ainsi que pour les groupes reconnus par le droit international comme les peuples autochtones[851]. Les accords d'investissement sont dotés de la capacité de protéger des projets qui, malgré leur conformité avec la législation nationale, sont susceptibles mettre leur vie à rude épreuve, avec peu de chance d'être audibles devant les instances arbitrales ou juridictionnelles pour obtenir réparation[852]. L'affaire *Communauté autochtone Sawhoyamaxa c. Paraguay* rendue par la Cour Interaméricaine des droits de l'homme est instructive à cet égard[853].

Plusieurs questions liées aux droits des populations locales soulevées devant des organes panafricains des droits de l'homme et des peuples[854] accréditent le choix effectué par les rédacteurs du Modèle de TBI de la SADC et de l'Accord révisé du COMESA. L'introduction des obligations de respect des droits de l'homme est, en effet, un moyen qui permet aux États d'accueil de prendre fait et cause pour les communautés locales. Celles-ci nécessitent d'être protégées contre la violation leur droit de propriété due à l'accaparement des terres dont elles

---

**849** Voir KABRE (J. R.), « La protection des intérêts culturels africains en droit international des investissements », *Annuaire Africain des Droits de l'Homme*, Vol. 5, 2021, pp. 355-361.

**850** DUPUY (P-M), « Unification Rather than Fragmentation of International Law : The Case of International Investment Law and Human Rights Law », *in* DUPUY (P-M), PETERSMANN (E-U.), FRANCIONI (F.), (ed.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration, op. cit.,* pp. 45-48.

**851** COTULA (L.), « La refonte du droit de l'investissement à partir de la base : l'extractivisme, les droits humains et les traités d'investissement », *Investment Treaty News,* Mars 2021, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2021/03/23/rethinking-investment-law-from-the-ground-up-extractivism-human-rights-and-investment-treaties-lorenzo-cotula/, consulté le 20 octobre 2021.

**852** *Idem*.

**853** La *Communauté autochtone Sawhoyamaxa* avait introduit une requête à la Cour en vue de la restitution des terres ancestrales détenues par un investisseur étranger protégé par un TBI. Cour Interaméricaine des droits de l'homme, Communauté *autochtone Sawhoyamaxa c. Paraguay, sentence de Mars 2006, § 115 (b).* Voir ASCENCIO (H.), *Droit international économique,* PUF, 2 è éd., 2020, pp. 32-33.

**854** Voir African Court on Human and People's Right, *African Commission on Human and People's Rights v. Republic of Kenya,* App. N°006/2012, 26 may 2017 ; African Commission on Human and People's Rights, *Center for Minority Rights Group on Behalf of Endorois Welfare Council,* Communication 276/2003, 2009 ; African Commission on Human and People's Rights, Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights CESR) v. Federal Republic of Nigeria, Communication 155/96, 2001. Voir COTULA (L.), « (Dis)integration in Global resource Governance : Extractivism, Human Rights and Investment Treaties », *Journal of international Economic Law,* vol. 23, 2020, pp. 444-447.

sont souvent victimes[855]. Le Modèle de TBI de la SADC se démarque positivement par des clauses innovantes sur cette question[856]. Il dispose que *« Investors shall respect the rights of local populations and avoid land grabbing practices vis-à-vis local communities »*[857].

Les communautés locales ont également le droit de jouir des heureuses retombées de l'exploitation de leurs ressources naturelles par les investisseurs. À la lecture du Modèle de TBI de la SADC, il apparaît que *« Investors shall not exploit or use local natural resources to the detriment of the rights and interests of the host State, in accordance with applicable law »*[858]. Même lorsqu'ils sont employés par les investisseurs étrangers, les citoyens des États d'accueil devraient jouir d'un certain nombre de droits.

## *2. L'obligation de respecter les droits des travailleurs*

S'agissant toujours des droits de l'homme, la nouvelle génération d'accords régionaux africains d'investissement intègre l'obligation des investisseurs de protéger les droits des travailleurs qu'ils emploient dans le cadre de leurs activités. La *SADC Model BIT* prévoit qu'ils ont le devoir de respecter les droits de l'homme sur les lieux de travail. Il est interdit aux investisseurs étrangers de poser un acte ou d'être les instigateurs d'un acte qui viole ces droits[859]. Ils sont au contraire tenus de conduire leurs opérations économiques dans le strict respect des obligations relatives au droit du travail en vigueur dans l'État d'accueil ou dans leur État d'origine comme ils le feraient au titre de leurs obligations relatives à la protection de l'environnement et des droits des communautés locales. Cet instrument juridique dispose que *« Investors and their investments shall not [establish,] manage or operate Investments in a manner inconsistent with international environmental, labour, and human rights obligations binding on the Host State or the Home State, whichever obligations are higher »*[860].

---

**855** Pour se convaincre de la récurrence et du niveau de l'expropriation subie par les populations locales en Afrique, Voir MBAYE (M. M.), *L'accaparement des terres en Afrique au regard du droit international des investissements : situation actuelle et enjeux,* Mémoire de Master en Droit, Université de Genève, 2015, pp. 4-33.

**856** Ce texte consacre un article aux *« Obligations of investors as to the use of natural resources ».* Ces obligations ne figuraient pas dans la première version du Modèle de TBI de la SADC adopté en 2012. Il s'agit d'une nouveauté inspirée par le Code panafricain des investissements. Elles sont calquées sur l'article 23 de ce document que nous analyseront plus loin.

**857** Article 25 § 2 du Modèle de TBI de la SADC.

**858** Article 25 § 1 du Modèle de TBI de la SADC.

**859** Cf. Article 15 § 1 du Modèle de TBI de la SADC.

**860** Article 15 § 3 du Modèle de TBI de la SADC.

Afin que les investisseurs appliquent les meilleures pratiques et normes relatives aux droits des travailleurs, les rédacteurs de la *SADC Model BIT* ont incorporé une clause les obligeant à observer non seulement le droit interne de l'État hôte, mais également à agir en conformité avec les normes fondamentales du travail tel que l'exige la Déclaration de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) relative aux principes et droits fondamentaux au travail[861]. Adoptée en 1998 dans le but de concilier croissance économique et progrès social, cette déclaration garantit les droits fondamentaux au travail et portant une attention particulière sur les besoins de certaines couches sociales, telles les chômeurs et les travailleurs migrants[862].

Conjointement avec la Déclaration des principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale[863], la Déclaration relative principes et droits fondamentaux au travail est considérée par les rédacteurs du Modèle de TBI de la SADC comme la référence universelle en termes de normes minimales de travail que les investisseurs doivent impérativement prendre en considération. Ces derniers n'auront pas de raison à faire valoir, s'ils opèrent d'une manière qui va à l'encontre de ces normes[864], car presque tous les États du monde y ont souscrit grâce au système tripartite qui a prévalu à l'occasion de leur adoption[865].

À l'instar du Modèle de TBI de la SADC, l'Accord révisé du COMESA incorpore l'obligation des investisseurs de respecter les droits des travailleurs. Sans toutefois renvoyer expressément à la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, ce texte a repris tous ses principes fondamentaux, notamment la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'élimination de toute forme de travail forcé et obligatoire, l'élimination effective du travail des enfants et l'élimination

---

**861** La Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail a été adoptée par la Conférence Internationale du Travail (organe de l'OIT) en 1998. L'Article 15 § 2 du Modèle de TBI de la SADC y fait référence en ces termes : *« Investors and their Investments shall act in accordance with the labour standard required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work […] ».*

**862** *Idem.*

**863** La Déclaration des principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale par le Conseil d'administration du Bureau International du Travail (devenu OIT) à sa 204 è session tenue à Genève en 1977. Ce document a connu des amendements dont le plus récent remonte à 2017, disponible sur https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124923.pdf, consulté le 23 octobre 2021.

**864** Commentaire de l'Article 15 du Modèle de TBI de la SADC.

**865** Le système tripartite consiste en la participation des gouvernements, des industries ou multinationales et des travailleurs dans le processus d'adoption de certains certaines normes importantes à l'OIT.

de toute forme de discrimination en matière d'emploi et de profession[866]. L'Accord révisé du COMESA les impose comme normes à observer par les investisseurs dans leurs opérations et relations de travail[867].

La construction des obligations des investisseurs sur ces piliers des droits des travailleurs se justifie. En effet, la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail est reconnue comme un instrument essentiel à la concrétisation du travail décent pour tous, objectif universel consacré dans le Programme de développement durable à l'horizon 2030[868]. Au surplus, l'application des principes de la Déclaration sur les entreprises multinationales sera utile et nécessaire au renforcement de la gouvernance des entreprises multinationales dans le contexte des investissements étrangers[869].

Il résulte de l'étude de l'ECOWIC que la plus lourde responsabilité relative à la protection des droits des travailleurs pèse sur les États. Ces derniers ont, entre autres devoirs, de prévoir *« des niveaux élevés de protection du travail et des droits de l'homme adaptés à leur situation économique et sociale »*[870], de s'abstenir d'inciter les investisseurs en assouplissant la législation nationale du travail[871]. Avec la liberté normative dont disposent les États d'accueil d'exiger des performances aux investisseurs, traduite par l'obligation de transférer les technologies, celle d'embaucher et de promouvoir les travailleurs locaux, les rédacteurs de l'ECOWIC semblent éviter de paraître excessivement exigeants à l'égard des investisseurs au risque de les dissuader. Néanmoins, il serait inexact d'affirmer qu'aucune obligation directe ne pèse sur les investisseurs dans l'espace CEDEAO. Aux termes de l'article 30 de ce texte, les investisseurs sont tenus de collaborer avec les États d'accueil en vue du développement du capital humain. Cela n'est possible que par le respect des « normes de travail et de l'emploi »[872].

---

**866** OIT, *Déclaration relative aux principes et aux droits fondamentaux au travail et son suivi,* Annexe révisée, 15 juin 2010, pp. 5-6., disponible sur https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_467654.pdf, consulté le 23 octobre 2021.

**867** L'obligation des investisseurs de respecter les droits des travailleurs se lit comme suit : *« COMESA Investors and Investments shall among others : […] a) uphold the freedom of association and effective recognition of the right to collective bargaining ; d) eliminate all form of forced and compulsory labour, including the effective abilition of child labour ; and e) eliminate dsicrimination in respect of employment and occupation »,* Cf. Article 29 § 2 de l'Accord révisé du COMESA.

**868** OIT, *Déclaration des principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, op. cit.*, p. v.

**869** CERNIC (J. L), « Corporate Responsibilty for Human Rights: Analysing the ILO Tripartite Declaration of Principles on Multinational Entreprises and Social Policy », *Miskolc Journal of International Law,* vol. 24, 2009, pp. 26-28.

**870** Article 30 § 2 de l'ECOWIC.

**871**Article 30 § 1 de l'ECOWIC.

**872** Tel est le titre de l'Article 30 de l'ECOWIC.

Manifestement, la protection des droits de l'homme intervient au soutien des investisseurs étrangers. Devant les tribunaux arbitraux, ces derniers présentent des arguments tirés du champ de la protection internationale des droits de l'homme, allant jusqu'à invoquer la violation d'un instrument de protection des droits de l'homme[873]. Les États d'accueil ont souvent justifié la violation de leurs obligations conventionnelles de protéger l'investisseur par l'invocation de leur droit de réglementation dans un but d'intérêt public et leur responsabilité de protéger les droits de l'homme sur son territoire[874].

La responsabilisation des investisseurs en matière de protection des droits fondamentaux constitue un paradigme encore fébrile dans la pratique internationale. Très peu de conventions d'investissement s'en sont appropriées. Sur ce point, Arnaud de Nanteuil écrit que *« le droit des investissements est appelé à évoluer »*[875]. L'innovation du cadre juridique régional des investissements en Afrique, qui s'est accentuée par l'esquisse de certaines obligations naguère introuvables dans les conventions d'investissement, est indubitable.

## B. Les obligations socio-politiques

Le régime africain des investissements est entré dans une nouvelle phase avec l'incorporation des obligations socio-politiques dans les accords régionaux d'investissement par les CER africaines. Ces obligations sont absolument nouvelles dans le régime international des investissements[876]. *In concreto*, les accords régionaux africains d'investissement contraignent les investisseurs étrangers à respecter la souveraineté nationale **(1)** et à s'abstenir de toute ingérence dans les affaires politiques des États d'accueil **(2).**

---

**873** Voir CAZALA (J.), « Protection des droits de l'homme et contentieux international de l'investissement », *Cahiers de l'arbitrage-Paris Journal of International Arbitration*, 2012, pp. 900-907.

**874** CIRDI, *Houben v. Republic of Burundi*, Affaire n° ARB/13/7 du 12 janvier 2007. Voir généralement FAHNER (J. H.), HAPPOLD (M.), « The Human Right Defence in International Investment Arbitration : Exploring the Limits of Systemic Integration », *International and Comparative Law Quaterly*, Vol. 60, july 2019, pp. 741-749.

**875** DE NANTEUIL (A.), *Droit international des investissements, op. cit.,* p. 493.

**876**Il y a lieu de préciser que, sans les dénommer comme telles, le Projet avorté de Code multilatéral d'investissement imposait des obligations à caractère socio-politique aux entreprises multinationales. Voir SORNARAJAH (M.), « Multilateral Instruments on Foreign Investment Prior to Cancun », *in* APEC, *International Investment Instruments and their Legal Interpretations,* Investment Experts Group, 2003, pp. 11-41, disponible sur https://www.apec.org/docs/default-source/Publications/2003/12/International-Investment-Instruments-and-their-Legal-InterprÉtations-2003/03_cti_ieg_instruments.pdf, consulté le 27 octobre 2021. Toutefois, le Code panafricain des investissements est connu pour être le premier instrument juridique dans le monde à incorporer expressément des obligations socio-politiques (Cf. Article 20). Les récents accords régionaux se sont inspirés de ce texte continental.

## *1. Le devoir de respecter la souveraineté nationale de l'État hôte*

L'histoire du droit international des investissements est marquée par une dichotomie entre souveraineté nationale et protection de l'investissement : l'exercice de la souveraineté nationale entretient une relation conflictuelle avec l'exigence de respect des standards de protection des investisseurs[877]. Ce droit est dominé par l'idée selon laquelle l'État d'accueil n'exerce sa souveraineté que lorsqu'il consent à obéir aux standards de protection contenus dans ses accords d'investissement. Le régime international des investissements établirait ainsi une règle de droit international contemporain[878]. Il s'agit là d'une appréhension critiquable que les accords régionaux africains ont tenu à rectifier.

La souveraineté nationale est un principe flexible ayant plusieurs corollaires, tant en droit interne qu'en droit international dont les États sont très jaloux[879]. Le Modèle de TBI de la SADC, l'Accord révisé du COMESA et l'ECOWIC tentent par tous les moyens de le préserver. Ces textes énoncent le devoir des investisseurs étrangers d'adhérer au principe de la souveraineté nationale dans les États où ils exercent[880]. En réalité, l'exigence de protection des investisseurs constitue une limitation à ce principe[881]. Telle une prophétie, l'opinion individuelle de M. Padilla Nervo dans l'*Affaire Barcelona Traction* se confirmera dans la pratique. Celui-ci déclarait que *« l'histoire de la responsabilité des États, en matière de traitement des étrangers, est une suite d'abus, d'ingérences illégales dans l'ordre interne des États faibles, de réclamations injustifiées, de menaces et même d'agressions militaires sous le couvert de l'exercice des droits de protection, et de sanctions imposées en vue*

---

**877** Omar E. Bolívar-García relevait que *« the principle of sovereignty ensured the right of host countries to regulate economic activities within their territories ».* Voir GARCIA-BOLIVAR (O. E.), « Sovereignty Vs Investment Protection : Back to Clavo ? », *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal,* Vol. 24, Issue 2, 2009, p. 465. Voir OSEI-AFRIYIE (J.), « Foreign Investment Treaties and the Sovereignty of Developing Host States : Ants Riding Elephants ? », *in* HODU (N. Y.), MBENGUE (M. M.), *African Perspectives of International Investment Law,* Manchester University Press, 2020, pp. 30-31.

**878** DIMITROPOULOS (G.), « National Sovereignty in International Investement Law : Sovereignty Reassertion and Prospects of Reform », *JWIT*, Vol. 21, 2020, p. 74.

**879** La souveraineté nationale est l'expression de la compétence des institutions politiques de l'État d'accueil d'exercer leur pouvoir conformément à leur droit interne. Elle est également l'un des principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies, un principe de droit international coutumier représentant le fondement de tous les champs du droit international. L'article 2 § 1 de la Charte des Nations Unies dispose : *« L'Organisation est fondée sur le principe d'égalité souveraineté de tous ses Membres ».*

**880** Par exemple, l'Article 24 § 1 du Modèle de TBI de la SADC dispose que *« Investors and their Investments shall adhere to socio-political obligations including, but not limited to, the following : a) respect for national sovereignty and observance of domestic laws, regulations and administrative practices […] ».* Lire aussi l'Article 27 § 1 (a) et (b) de l'accord révisé du COMESA ; Article 32 § 1 (a) de l'ECOWIC.

**881** Voir KARL (J.), « International Investment Arbitration : A threat to State Sovereignty », *in* SHUAN (W.), SIMONS (P.), SINGH (D.), *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Hart Publishing, 2008, p. 230.

*d'obliger un gouvernement à faire les réparations demandées »*[882]. Les conventions d'investissement empiètent sur la souveraineté des États d'accueil à plusieurs égards.

D'abord, les standards exigés par ces conventions pour la protection des investisseurs s'apparentent à une exception à la règle coutumière de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles[883]. En conséquence, la souveraineté nationale, telle que défendue par les accords régionaux d'investissement permet d'éviter que cette règle soit vidée de sa superbe. Les pays en développement ont d'ailleurs tenté d'en faire une règle de *jus cogens* insusceptible de révision par un traité[884]. L'autodétermination économique des pays colonisés, consécutive à mouvement dans les années 1960 et 1970, est à l'origine de la reconnaissance de la souveraineté des États hôtes en droit international des investissements[885]. Nicolaas Schrijver indiquait que *« the emphasis of the principle of sovereignty over natural resources gradually shifted from a primarly rights-based principle to the one based on duties as well »*[886]. Si cette règle peut aujourd'hui être perçue non seulement comme un droit mais aussi comme un devoir de l'autre partie, alors l'insertion de clauses dans les accords régionaux africains exigeant son respect par les investisseurs est un rappel qui a sa raison d'être.

Le droit de réglementation des États d'accueil des investissements est incontestablement une réaffirmation de leur souveraineté nationale. Par ce biais, les États exercent pleinement leur autorité sur leur territoire par la régulation des activités économiques[887]. Comme analysé plus haut, les accords régionaux africains permettent aux États d'accueil de mettre œuvre leur pouvoir normatif en adoptant des mesures qu'ils estiment nécessaires pour l'intérêt

---

**882** CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgique c. Espagne)*, Arrêt du 5 juillet 1970, opinion individuelle de M. Nervo Padilla, p. 247, disponible sur https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-08-FR.pdf, consulté le 13 octobre 2021.

**883** VINUALES (J.), « Sovereignty in Foreign Investment Law », *in* DOUGLAS (Z.), PAUWELYN (J.), VINUALES (J.), *The Foundations of International Investment Law : Bridging Theory into Practice,* Oxford University Press, 2014, p. 343. À propos de cette règle, voir aussi FISCHER (G.), « La souveraineté sur les ressources naturelles », *AFDI,* Vol. 8, 1962, pp. 516-528 ; Voir aussi PEREIRA (R.), GOUGH (O.), « Permanent Sovereignty over Natural Resources in the 21st Century : Natural Resource Governance and the Right to Self-determination of Indigenous Peoples under International Law », Melbourne Journal of International Law, Vol. 14., 2013, pp. 452-494.

**884** SORNARAJAH (M.), *International Law on Foreign Investment, op. cit.,* p. 307.

**885** GUNTRIP (E.), « Self-determination and Foreign Direct Investment : Reimaging Sovereignty in International Investment Law », *International and Comparative Law Quaterly,* vol. 65, 2016, p. 831.

**886**SCHRIJVER (N.), « Self-determination of peoples and Sovereignty over Natural Wealth and Resources » *in* OHCHR, *Realizing the Right to Development*, 2013, p. 96. Disponible sur https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/RTDBook/PartIIChapter5.pdf, consulté le 26 octobre 2021.

**887** Omar E. Bolivar-Garcia écrivait que *« the principle of sovereignty ensured the right of host countries to regulate economic activities within their territories ».* Voir GARCIA-BOLIVAR (O. E.), « Sovereignty vs Investment Protection : Back to Clavo ? », *op. cit.,* p. 466.

public. Cependant, il est apparu utile pour les CER africaines d'ériger le respect de la souveraineté nationale des États d'accueil en obligation. Stéphane Bonomo fait une lecture des traités d'investissement qui justifie la démarche des CER africaines. Il relève que *« la souveraineté qui signifie la monopolisation du droit positif par l'État s'est vue être restreinte par les règles contenues dans ces traités. Si celles-ci sont de nature à étioler la dimension législative ou juridictionnelle de l'État récepteur, l'un des aspects les outrageux de l'atteinte réside dans le fait qu'à de nombreuses reprises, la pratique arbitrale a favorisé la protection des opérateurs privés aux dépens de l'intérêt général »*[888].

Les clauses relatives à l'obligation de respect des lois, des réglementations et des pratiques administratives nationales par les investisseurs viennent également renforcer le pouvoir de décision et d'action des États d'accueil des investissements dans les CER africaines. Elles préservent ce que le professeur Rudolf Dolzer a dénommé la « souveraineté administrative » des États d'accueil[889]. Bien plus, dans l'espace CEDEAO, il a même été prévu que les investisseurs doivent obtempérer à *« l'examen et la renégociation des contrats »*[890]. Cette obligation permet aux États récepteurs de réviser les clauses des contrats conclus avec les investisseurs et de les renégocier au cas où l'équilibre contractuel qui existait initialement est altéré par un changement important de circonstances[891].

Des précédents développements, l'on conviendra avec le professeur Sornarajah que depuis un certain temps, *« the effort to recapture lost sovereignty seems to be accelarating »*[892]. Mais à y regarder de près, les CER africaines sont considérablement avancées dans cette lutte pour la récupération de la souveraineté de leurs États membres. Elles n'ont pas hésité à exiger *« le respect des objectifs et valeurs socioculturels »*[893]. C'est

---

**888** BONOMO (S.), *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Thèse de doctorat en droit, Université Aix-Marseille 3, 2009, résumé.

**889** Le professeur Rudolf Dolzer admettait que certaines clauses des TBI écornent le pouvoir de régulation administrative des États d'accueil. Il analysait ainsi l'impact des TBI sur ce qu'il appelait « Administrative Sovereignty ». Voir DOLZER (R.), « The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law », *International Law and Politics,* Vol. 37, 2005, p. 953.

**890** Cf. Article 32 § 1 (b) de l'ECOWIC.

**891** Conformément à cette clause, *« el estado receptor de la inversión se obligará a no modificar las reglas en perjuicio de los intereses de los inversionistas »,* PADILLA (C. H.), « El poder de los Estados soberanos y el derecho de las inversiones internacionales », *Revista Actualidad Jurídica,* N° 29, 2014, p. 215..

**892** SORNARAJAH (M.), « The Neo-liberal Agenda in Investment Arbitration : Its Rise, Retreat and Impact on State Sovereignty », *in* SHUAN (W.), SIMONS (P.), SINGH (D.), *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Hart Publishing, 2008, p. 209.

**893** Cf. Article 24 § 1 (b) du Modèle de TBI de la SADC, Article 27 § 1 (b) de l'Accord révisé du COMESA, Article 32 § 1 (c) de l'ECOWIC.

peu dire que leur attachement au principe de souveraineté a conduit à interdire l'ingérence des investisseurs dans les affaires politiques des États hôtes.

### *2. Le devoir de non-ingérence dans les affaires politiques de l'État hôte*

Les rédacteurs des accords régionaux africains d'investissement ont décidé d'y intégrer des clauses interdisant aux investisseurs étrangers de s'ingérer dans les affaires intérieures des États d'accueil. À l'instar du Modèle de TBI de la SADC et de l'Accord révisé du COMESA[894], l'ECOWIC énonce que les investisseurs exerçant des activités dans la région CEDEAO doivent adhérer aux principes de non-ingérence dans les affaires politiques internes et de non-ingérence dans les relations intergouvernementales[895]. Cette obligation prévue à la charge des investisseurs étrangers découle en effet du principe coutumier du devoir de non-ingérence des États dans les affaires intérieures solennellement proclamé par la Charte des Nations Unies[896]. Ayant reçu un champ plus étendu et un sens plus profond à la faveur de la Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée Générale des Nations[897], il deviendra l'un des principes fondamentaux régissant les relations internationales.

Cette résolution postule qu'*« aucun État ni groupe d'État n'a le droit d'intervenir, directement ou indirectement, pour quelque motif que ce soit, dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État […] Tout État a le droit inaliénable de choisir son propre système politique, économique, social et culturel sans aucune forme d'ingérence de la part d'un autre État »*[898]. Par conséquent, non seulement l'intervention armée est interdite, mais également toute autre forme d'ingérence contre la personnalité de l'État ou contre ses éléments politiques, économiques, sociaux, etc[899].

De ce pas, le devoir de non-intervention, né de la crainte des pays en développement de voir les sociétés multinationales exercer leur puissance économique à des fins politiques, a

---

**894** Conformément à l'article 24 § 1 du Modèle de TBI de la SADC, *« Investors and their Investments shall adhere to sociopolitical obligations, including, but not limited to, the following :[…] c) non-interference with internal political affairs ; and d) non-interference with intergovernmental relations ».* L'Accord révisé du COMESA prévoit des dispositions similaires en son article 27 § 1 (c) et (d).

**895** Cf. Article 32 § 1 (d) et (e) de l'ECOWIC.

**896** Article 2 § 7 de la Charte des Nations Unies dispose : *« Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État […] ».*

**897** ONU, *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et de coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 24 octobre 1970.

**898** AGNU, *Résolutions adoptées sur les rapports de la sixième commission*, XXVè session de l'Assemblée générale, p. 133.

**899** *Idem*

trouvé une porte d'entrée dans le droit international des investissements. Il s'exlique par la crainte que ces puissantes multinationales amènent leur États d'origine à s'ingérer dans les affaires politiques intérieures des États hôtes dans le but de provoquer une situation politique qui leur soit favorable. L'on a encore en mémoire l'ingérence des investisseurs étrangers dans les affaires politiques intérieures du Chili ayant conduit à l'éjection du Président Salvador Allende du pouvoir pour avoir nationalisé les mines de cuivre sans verser aucune indemnité[900]. Dans certaines circonstances, les entreprises étrangères entretiennent des rapports politiques avec les gouvernements des États hôtes, parfois au détriment de leurs États d'origine. On a pu observer ce scénario durant la guerre civile angolaise qui a vu la société américaine « Golf Oil » être soutenue par les forces cubaines en vue de protéger le gouvernement angolais contre des rebelles qui, eux, pouvaient compter sur l'appui du gouvernement des États-Unis[901].

L'obligation de non-ingérence dans les activités politiques des États d'accueil des investissements a été ébauchée. Cependant, les récents accords africains d'investissement sont quasiment les seuls textes qui l'incorporent malgré les efforts de longue date fournis dans cette perspective[902]. Dans la veine du principe de non-ingérence, le modèle de TBI de la SADC, l'Accord du COMESA et l'ECOWIC interdisent aux investisseurs étrangers d'influencer la nomination des personnes à une fonction publique ou de soutenir financièrement des partis ou des organisations politiques[903]. Les sociétés multinationales sont des acteurs importants sur la scène internationale dotées d'une capacité d'influence remarquable sur les affaires politiques et économiques des gouvernements des États récepteurs.

L'exemple du Groupe Bolloré opérant sur le continent africain est très instructif à cet égard. Le Directeur général de cette entreprise multinationale, considérée comme le *« premier réseau intégré de logistique en Afrique »*[904], a été récemment inculpé à Paris pour

---

**900** Les entreprises étrangères et leurs États d'origine ont joué un rôle déterminant dans le coup d'État qui a favorisé l'accession au pouvoir de la dictature de l'aile droite favorable aux investisseurs étrangers. Voir SORNARAJAH (M.), « Multilateral Instruments on Foreign Investment Prior to Cancun », *op. cit.,* p. 22.

**901** *Idem.*

**902** Le professeur Sornarajah dans une étude récente affirmait que *« this provision is not found in later investments agreements ».* Voir SORNARAJAH (M.), *International Law on Foreign Investment, op. cit.,* pp. 306-307

**903** Cf. Article 24 § 2 du Modèle de TBI de la SADC, Article 27 § 2 de l'Accord révisé du COMESA, Article 32 § 3 de l'ECOWIC.

**904** Lire DELTOMBE (T.), « Les guerres africaines de Vincent Bolloré », *Le Monde diplomatique*, Avril 2009, p, 1, 16, 17. Disponible sur https://www.monde-diplomatique.fr/2009/04/DELTOMBE/16970, consulté le 27 octobre 2021.

« corruption d'agent étranger » en Guinée et au Togo[905]. Il est régulièrement accusé de profiter de son accointance avec certains leaders politiques de son État d'origine et des États d'accueil pour commettre des irrégularités dans ses opérations économiques, notamment dans l'intention d'obtenir la concession du maximum de ports africains. Il est dit de lui qu'il mène une guerre économique et politique autour de ces ports qui constituent, eux-mêmes, *« d'inestimables sources de pouvoir à la fois à la fois politique et économique »*[906].

Il y avait donc besoin pour les CER africaines de prévoir des normes qui puissent encadrer les activités des multinationales en s'inspirant d'un principe ayant un ancrage incontestable en droit international positif. Les textes sus-évoqués ajouteront une disposition qui oblige les investisseurs à *« s'abstenir de tout acte de nature à troubler l'ordre public ou l'éthique ou susceptible de porter préjudice à l'intérêt général »*[907]. Il leur est interdit de verser dans des pratiques restrictives et d'éviter de réaliser des profits par des moyens illicites[908].

L'introduction de l'obligation de non-ingérence dans les accords régionaux constitue une autre forme de contestation du paternalisme dont font preuve les États occidentaux par le canal des entreprises multinationales. Certains auteurs considèrent que si la Chine gagne du terrain sur le continent africain en conquérant plusieurs marchés, c'est en partie grâce à sa « stratégie » de non-ingérence dans les affaires politiques des États africains[909]. Le prix qu'attachent les États africains à leur souveraineté et à toutes ses conséquences est amplement justifiable.

---

**905** Voir PIEL (S.), « Dans une affaire de corruption en Afrique, la justice française refuse le plaider-coupable de Vincent Bolloré », *Transparency France,* 26 février 2021, 4 p. Disponible sur https://www.transparency-france.org/wp-content/uploads/2021/03/Dans-une-affaire-de-corruption-en-Afrique-la-justice-fran%C3%A7aise-refuse-le-plaider-coupable-de-Vincent-Bollor%C3%A9.pdf, consulté le 27 octobre 2021 ; TILOUINE (P.), PIEL (S.), « Concessions portuaires en Afrique : Vincent Bolloré déféré devant les juges d'instruction », *Le Monde,* 25 avril 2018, disponible sur https://www.lemonde.fr/societe/article/2018/04/24/ports-africains-vincent-bollore-en-garde-a-vue_5289749_3224.html, consulté le 27 octobre 2021.

**906** DELTOMBE (T.), « Les guerres africaines de Vincent Bolloré », *op. cit.*, p, 1.

**907** Cf. Article 32 § 3 de l'ECOWIC, Article 24 § 3 du Modèle de TBI de la SADC, Article 27 § 3 de l'Accord révisé du COMESA.

**908** *Idem.*

**909** Ils expliquaient la stratégie chinoise comme suit : *« China's overarching strategy is eminently pragmatic, aimed at forging positive working relations regardless of any partner State that can help advance its economic interests-regardless of whether its political regime is authoritarian or democratic […]. The adherence to non-interference or non-intervention has been perceived as pragmatic step towards securing and sustaining access to vital resources in most of developing world ».* AIDOO (R.), HESS (S.), « Non-interference 2.0 : China's Evolving Foreign Policy towards a Changing Africa », *Journal of Current Chinese Affairs,* vol. 44, Issue 1, 2015, pp. 109-111.

## Conclusion

L'une des réformes les plus marquantes dans les instruments juridiques d'investissement adoptés par les CER africaines aura été la responsabilisation des investisseurs. La prégnance des obligations des investisseurs dans les accords d'investissement demeure le trait caractéristique des efforts d'éradication de l'asymétrie entre les parties. Conformément aux nouveaux textes, l'accueil d'investisseurs ne peut se faire aujourd'hui en tenant compte uniquement des devoirs des États hôtes à leur égard. Les États africains sont en effet passés de la protection « vaille que vaille » des investisseurs à la promotion des « investissements responsables » en prévoyant des exigences économiques et extra-économiques. Tout l'enjeu n'est donc plus exclusivement dans les retombées économiques et financières. Il consiste également en la construction de « l'économie de demain », fondée sur des préceptes libéraux qui n'occultent pas les dimensions sociale et environnementale du développement[910]. Ces objectifs ont prévalu dans la réforme des modes de résolution des différends.

**910** DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.,* p. 474.

# Chapitre II.

# La réadaptation des mécanismes de règlement des différends

*« Les accords internationaux d'investissement à 'l'ancienne' mènent de plus en plus souvent à l'impasse »*[911], déclarait l'Ancien Secrétaire Général de la CNUCED, M. Mukhisa Kituyi, à l'occasion de l'adoption du *Rapport de 2015 sur l'Investissement dans le Monde* qui était un appel à la réforme de la gouvernance du régime international des investissements[912]. Les CER africaines sont entrées de plain-pied dans cette nouvelle dynamique en modernisant systématiquement leurs instruments juridiques d'investissement. L'insatisfaction de leurs États membres vis-à-vis du régime international des investissements était palpable. Elle concernait aussi bien les aspects matériels de ce régime que ceux liés au règlement des différends. Dès lors, les CER africaines ne se sont pas contentées de la réorientation des règles substantielles de protection des investisseurs et de leurs investissements. Les règles procédurales ont été également revues.

Le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) est devenu la voie royale de résolution des litiges relatifs aux investissements. Cependant, depuis quelques années, ce système de règlement se trouve sérieusement éprouvé par un mouvement de contestation qui va grandissant. Par conséquent, les États contestataires, parmi lesquels on compte les États africains, se sont engagés dans une modification profonde des mécanismes de règlement des différends dans leur ensemble. Dans le contexte des CER africaines, les rédacteurs des nouveaux accords d'investissement se sont évertués à défier le controversé mécanisme de RDIE **(Section I)** et à préférer d'autres mécanismes qui, à leurs yeux, sont plus respectueux des objectifs de développement durable des États d'accueil **(Section II).**

---

[911]CNUCED, *Les différentes options de réforme du régime des accords internationaux d'investissement proposées dans un rapport du CNUCED,* Communiqué de presse, 24 juin 2015, UNCTAD/PRESS/PR/2015/011.

[912]Voir CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde. Réformer la gouvernance de l'investissement international, op. cit.,* 67 p.

## SECTION I. LA DÉFIANCE À L'ÉGARD DU MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS (RDIE)

Le mécanisme de RDIE a connu un développement spectaculaire depuis le début des années 1990 avec une concentration de la majeure partie des affaires au CIRDI. Le mode privilégié de règlement de ce type de contentieux, dans la pratique du droit international des investissements, est naturellement l'arbitrage[913]. La prééminence de ce mode de règlement des différends est justifiée par le fait qu'il est le moyen traditionnellement utilisé pour trancher les litiges nés des activités commerciales avant de se répandre dans le droit international général[914]. Cela n'a guère empêché les CER africaines de le revisiter dans leurs nouveaux textes. Des raisons bien précises expliquent cette décision **(§ 1)** qui s'est manifestée de diverses manières **(§ 2).**

### §1. LES RAISONS

L'arbitrage d'investissement est en crise de légitimité[915]. Les lumières braquées sur ce mode de règlement des différends ne suffisent plus à vanter son éclat[916]. Sa place dans le régime juridique des investissements fait l'objet de vives contestations[917]. À l'examen des nouveaux textes d'investissement adoptés en Afrique, on réalise que son image y est sensiblement ternie. Les griefs évoqués dans les accords régionaux à l'encontre de ce mode de règlement des différends touchent à la configuration des tribunaux arbitraux **(A).** Les autres raisons ayant donné lieu à la décision de sa refonte tiennent à la procédure et à la jurisprudence qui découle des sentences déjà rendues **(B).**

#### A. Les raisons tenant à la configuration des tribunaux arbitraux

La faible représentation des arbitres d'origine africaine dans les tribunaux arbitraux est l'une des principales critiques formulées par les États africains à l'encontre du système

---

**913** L'arbitrage est généralement considéré comme *« une justice volontaire en ce que les parties s'accordent pour soustraire leur litige à la connaissance de la justice étatique et le soumettre à une ou plusieurs personnes privées »,* AMBOULOU (H. D.), *Le droit de l'arbitrage et des institutions de médiation dans l'espace OHADA,* Paris, L'harmattan, 2015, p. 12.

**914** DE NANTEUIL (A.), *Droit international des investissements, op. cit.,* p. 245.

**915** Voir à ce propos FRANCK (S. D.), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration : Privatizing Public International Law and Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, Vol. 73, N° 4, 2005, pp. 1521-1625. Voir également WAIBEL (M.), KAUSHAL (A.), CHUNG (K-H. L.), *The Backlash Against Investment Arbitration : Perceptions and Reality,* Kluwer Law International, 2010, 614 p.

**916** CAZALA (J.), « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *Journal du Droit International,* 2017, N°1, p. 82.

**917** Voir EL ISSA (R.*), La place contestée de l'arbitrage international en droit de l'investissement*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Paris Saclay, 2023, 764 p.

d'arbitrage international **(1).** Si cela reste un fait avéré eu égard aux statistiques existantes, le manque d'indépendance et d'impartialité des arbitres désignés pour résoudre un différend d'investissement mettant en jeu un État ou un investisseur africain, demeure tout de même une suspicion (**2).**

## *1. La sous-représentation avérée des arbitres africains*

La quasi-totalité des TBI signés par les États africains renvoie au mécanisme de RDIE. Ces TBI incorporent l'arbitrage investisseur-État comme mode règlement des différends. Ce qui permet aux investisseurs étrangers de présenter des réclamations contre les États hôtes devant les tribunaux du CIRDI ou d'autres institutions d'arbitrage international[918]. Cette évolution a engendré une augmentation remarquable des différends relatifs aux investissements impliquant les États africains avec une forte et récurrente tendance des sentences arbitrales à écorner le droit de réglementation des États hôtes[919]. Malgré la participation active des États africains à la naissance et à l'enracinement du CIRDI, ainsi que leur contribution massive au développement de la jurisprudence de cette institution[920], seule une poignée d'arbitres d'origine africaine est désignée pour connaître des litiges.

*« Trop d'Afrique et peu d'Afrique !»*[921]. C'est en ces termes qu'Achille Ngwanza peint le paradoxe. Cette situation est devenue préoccupante pour les CER africaines. Les statistiques sont bien éloquentes. De 1966 à 2020, seulement 2% d'arbitres, conciliateurs et membres de comités *ad hoc* originaires de l'Afrique subsaharienne, ont été nommés dans les affaires enregistrées sous la Convention du CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire[922]. Jusqu'en octobre 2021, l'exercice du CIRDI montre une légère amélioration de la situation avec une augmentation de 2% portant le taux des représentants d'Afrique subsaharienne à

---

**918** À côté du CIRDI, d'autres institutions importantes d'arbitrage international peuvent être saisies. Parmi les plus célèbres, on peut énumérer Cour Permanente d'Arbitrage (CPA), l'Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm, la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de Paris, la *London Court of International Arbitration*. DE NANTEUIL (A.), Droit international de l'investissement, *op. cit.,* pp. 250-255.

**919** UNECA, *Politique d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique, op. cit.,* p. 27.

**920**Voir LE CANNU (P. J.), « Aperçu statistique de la participation des États africains à l'arbitrage CIRDI », *in* BEN HAMIDA (W.), NGWANZA (A.), HARELIMANA (J-P.), *Un demi-siècle africain d'arbitrage d'investissement CIRDI,* Paris, LGDJ, 2019, pp. 37-72, PARRA (A.), « Participation of African States in the Making of ICSID Convention », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal,* Vol. 34, N°2, 2019, pp. 270-277.

**921** NGWANZA (A.), « Rapport de synthèse : heurs et malheurs africains au CIRDI », *in* BEN HAMIDA (W.), NGWANZA (A.), HARELIMANA (J-P.), *Un demi-siècle africain d'arbitrage d'investissement CIRDI, op. cit.,* p. 352.

**922**CIRDI, *Affaires du CIRDI - Statistiques*, Numéro 2021-1, p. 17, disponible sur https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282021-1%20Edition%29%20FR.pdf, consulté le 30 novembre 2021.

4%[923]. La sous-représentation africaine reste incontestable. Elle est d'autant plus criarde lorsque l'on évalue, par exemple, la répartition géographique des affaires connues par le CIRDI et la représentation géographique des nominations faites par les parties au cours de ce même exercice du CIRDI : bien qu'elle soit impliquée dans 14% des affaires enregistrées par le CIRDI, l'Afrique subsaharienne s'en sort avec 4% de représentants pendant que l'Europe occidentale, avec un taux de 10% d'affaires enregistrées, se trouve au sommet de la pyramide avec un total de 43% ressortissants désignés[924].

Ces chiffres révèlent nettement que le CIRDI et les parties aux litiges jettent rarement leur dévolu sur les arbitres africains. La représentation africaine dans l'arbitrage hors CIRDI est également insignifiante. Ewelukwa Ofodile fait remarquer que même lorsqu'ils sont désignés, les arbitres africains se retrouvent dans l'ombre du système. Sa déception est cernable lorsqu'elle affirme que *« compared to some of their foreign counterparts, African arbitrators are appointed less often to very important high value international cases and by and large operate at the periphery of the system »*[925].

Le manque de diversité dans l'arbitrage international est si prononcé qu'un auteur a pu déclarer que la configuration de ce mode de règlement de différend est *« white, male and English speaking »*[926]. Sarah François-Poncet a utilisé des mots encore plus durs pour brosser le portrait de ceux qui sont souvent nommés pour siéger dans les tribunaux arbitraux. Elle décrit les arbitres habituellement désignés de *« pale, male and stale »*[927]. Les arbitres nommés par le CIRDI ou par les parties dans les affaires CIRDI sont des hommes provenant pour la plupart des pays européens et nord-américains.

Cette situation a eu pour conséquence d'aggraver la crise de confiance que traversait déjà l'arbitrage d'investissement dans le monde, et particulièrement en Afrique. L'on conviendra avec Nicolas Angelet que *« cette position dominante de l'hémisphère nord risque de générer-ou génère déjà- dans le chef des États africains un sentiment d'aliénation »*[928]. Elle

---

[923] CIRDI, *Rapport annuel du CIRDI 2021,* pp. 25-28, disponible sur https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_AR21_French_CRA_web.pdf

[924] *Idem.*

[925] EWELUKWA OFODILE (U.), « Africa and International Arbitration : From Accomodation and Acceptance to Active Engagement », *Transnational Dispute Management,* Vol. 12, Issue 4, July 2015, p. 2.

[926] L'auteur de cette citation sous-entend que l'arbitrage international est dominé par des hommes blancs d'origine anglo-saxonne. *Ibidem*, p. 2.

[927] FRANÇOIS-PONCET cité par LOCATELLI (F.), « Arbitration Appointments : A Matter of Diversity », *Judicium,* 2020, p. 1, disponible sur https://www.judicium.it/arbitration-appointments-matter-of-diversity/, consulté le 26 novembre 2021.

[928] ANGELET (N.), « La promotion des arbitres africains : pour une appropriation panafricaine du contentieux des investissements », *Annuaire Africain de Droit International*, Vol. 24, p. 143.

a sans doute exacerbé le scepticisme des États africains vis-à-vis de l'arbitrage d'investissement. Or, selon Won Kidane, la diversité des décideurs juridiques à un litige entre investisseur et État pourrait faire intervenir des considérations plus générales, telles que l'appartenance à un groupe linguistique, le système juridique et le pays d'origine, en tenant compte des différentes étapes du développement économique[929]. Elle garantirait une meilleure compréhension des considérations de politiques générales des États, de leur droit interne et du droit international[930], et donnerait des chances égales à toutes les régions du monde.

La sous-représentation africaine est généralement imputée au manque d'expertise et d'expérience adéquate des juristes africains en matière d'arbitrage d'investissement[931]. Les parties redoutent également la corruption et le trafic d'influence des gouvernements africains sur les arbitres. S'il est vrai que cette situation provient des suspicions parfois non-fondées, il n'en demeure pas moins qu'elle recèle des causes endogènes. En réalité, les États africains ont eux-mêmes contribué à creuser l'écart entre le taux de représentation de leurs ressortissants et celui des arbitres issus des pays occidentaux[932].

La Convention et Règlement intérieur du CIRDI donne la possibilité à chaque État contractant de *« désigner pour figurer sur chaque liste quatre personnes qui ne sont pas nécessairement ses ressortissants »*[933]. Cela signifie qu'aucune porte n'est fermée à un État contractant de désigner ses propres ressortissants pour figurer sur la liste en question. Malgré cette brèche ouverte par l'article 13 § 1 de ce texte pour réduire tant soit peu l'écart de représentation, les États africains choisissent souvent, à la surprise générale, des arbitres étrangers au détriment de leurs propres ressortissants. Ces États auraient pu, en cas de déficit

---

**929** KIDANE (W.), « The Culture of Investment Arbitration : An African Perspective », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 34, Issue 2, 2019, pp. 411-415.

**930** CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-sixième session,* Vienne, 29 octobre-2 novembre 2018, pp. 15-16.

**931** Voir LARYEA (E. T.) et al., « Africanisation of International Investment Law for Sustainable Development : Challenges », *Journal of International Trade Law and Policy,* Vol. 20, N°1, 2021, p. 54. Quelques facteurs postcoloniaux expliquent ce manque d'expertise observé en Afrique. Pour Won Kidane, *« In the most immediate post-colonial decades, Africans were peoccupied with the serious task of nation building as a matter of priority. One manifestation of that is the disproportionate specialization of African legal scholars on matters of the rule of law, human rights, migration, international criminal law and humanitarian law with limited emphasis on international economic law »*, voir KIDANE (W.), « The Culture of Investment Arbitration : An African Perspective », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 34, N° 2, 2019, p. 413.

**932** *Idem.*

**933** Article 13 § 1 de la Convention et Règlements du CIRDI. Document disponible sur https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20French.pdf, consulté le 27 novembre 2021.

de compétences au sein de leur communauté, désigner des arbitres originaires d'autres pays africains[934]. Pour autant, la recherche de diversité ne devrait pas tronquer les compétences requises pour siéger dans un tribunal arbitral où le tâtonnement n'est pas de mise.

La suprématie occidentale en matière d'arbitrage international admet d'autres explications : le droit et l'arbitrage d'investissement sont davantage une création des pays exportateurs de capitaux que des pays récepteurs que sont les pays africains. Cependant, elle demeure disproportionnée par rapport aux affaires qui impliquent l'Afrique. De nos jours, il serait un argument simpliste, voire fallacieux, d'invoquer le manque d'expertise sur ce continent pour justifier la sous-représentation des arbitres qui en sont issus. Gabrielle Kaufmann-Kohler, arbitre de renom, a exprimé sa consternation au sujet du manque de diversité dans l'arbitrage international dans un style assez provocateur mais qui fait sens. Elle affirme raisonnablement que « *we cannot claim that arbitration is the global dispute resolution method unless actors from all regions can participate* »[935]. La faible présence d'arbitres africains dans les tribunaux connaissant des litiges mettant en jeu des États ou des opérateurs économiques africains font douter ces derniers de l'impartialité et de l'indépendance des autres arbitres nommés.

### *2. La suspicion d'un déficit d'impartialité des tribunaux arbitraux*

L'arbitrage international est aujourd'hui victime de son propre succès[936]. Ses vertus de neutralité sont progressivement défiées par des accusations d'irrégularités attribuées à l'affinité et à l'opacité dans le choix des arbitres. Décrit comme *« un club fermé de gentlemen majoritairement issus d'universités occidentales »*[937], l'arbitrage d'investissement est confronté à une pluralité de critiques liées fondamentalement au manque d'indépendance et d'impartialité, perçu ou réel, de ceux qui composent ses instances. Signalons que si elles ne sont pas exclusivement nées sous les tropiques, ces polémiques autour de l'arbitrage

---

**934** Le Togo a donné un exemple à ce sujet en nommant la Nigériane Dorothy Ufoh sur sa liste d'arbitres ONYEMA (E.), « African Participation in the ICSID System : Appointment and Disqualification of Arbitrators », *ICSID Review*, Vol. 34, N° 2, 2019, p. 373.

**935**KAUFMANN-KÖHLER (G.) cité par BJÖRKLUND (A.) et al., « Diversity Deficit in International Investment Arbitration », *Academic Forum on ISDS*, Concept Paper2020/1, January 2020, p. 9., disponible sur https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/2020/5-diversity.pdf, consulté le 30 novembre 2021.

**936**CONVENTION REGULER LA MONDIALISATION, « Faut-il réformer l'arbitrage d'investissement ? », *Journées d'études Conventions,* Table Ronde 3 : le Choix des arbitres, 27 mars 2013, disponible sur http://convention-s.fr/wp-content/uploads/2013/02/CNV_Synth%C3%A8se_Le-choix-des-arbitres_final.pdf, consulté le 23 novembre 2021.

**937** *Idem.*

d'investissement s'y sont véritablement enflées ces dernières années en raison de la quasi-stagnation du taux de participation des Africains aux tribunaux arbitraux.

Perçues comme le sceau de tout mécanisme de règlement des différends, l'indépendance et l'impartialité sont deux notions distinctes mais intrinsèquement liées. Elles forment un ensemble de valeurs éthiques qui doivent prévaloir dans l'arbitrage d'un différend. La première notion renvoie généralement à l'autonomie institutionnelle des organes judiciaires et arbitraux vis-à-vis des démembrements du pouvoir exécutif. Elle désigne également l'absence de relation ou de lien juridique entre un décideur juridique et les parties à un litige[938]. Ce qui veut dire que cette indépendance recèle également une dimension personnelle. La seconde, quant à elle, suppose l'absence de jugement *a priori* d'un décideur juridique selon l'affaire portée devant lui ou son accointance avec l'une ou l'autre des parties. Elle exclut donc la pré-disposition et les conflits d'intérêts. Ainsi, le décideur juridique est tenu d'exercer ses fonctions sans favoritisme, ni jugement préconçu.

L'impartialité peut être considérée comme une conséquence de l'indépendance qui est un concept plus large[939]. En matière de règlement international des différends, la diversité des parties et des arbitres constitue un gage d'indépendance et d'impartialité[940]. À l'inverse, le manque de diversité est susceptible d'affecter l'indépendance et l'impartialité des arbitres. Par conséquent, la méfiance des CER africaines à l'égard du mécanisme RDIE ne devrait pas heurter l'entendement des observateurs du régime international des investissements.

L'équité et la transparence du système arbitral sont tributaires de l'attitude et des actes de ceux qui composent les tribunaux arbitraux. L'exigence d'indépendance et d'impartialité des arbitres est impérative et va de soi[941]. *« La confiance que la justice doit inspirer est fonction de l'impartialité et de l'indépendance du tiers qui participe à son administration »*[942], professe Cathérine Kessedjian. Ses propos relancent la question de la

---

**938** DUNOFF (J.) et al., « Independence and Impartiality in Investment Dispute Settlement : Assessing Challenges and Reform Options », *Journal of world Investment and Trade*, vol. 21, Issue 2-3, pp. 441-443.

**939**SCHACHERER (S.), « Independence and Impartiality of Arbitrators : A Rule of Law Analysis », *Seminar Paper,* January 2018, pp. 5-6, disponible sur file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/unige_107171_attachment01.pdf, consulté le 30 novembre 2021.
Pour approfondir la notion d'impartialité des arbitres, voir EL CHAZLI (K.), *L'impartialité de l'arbitre. Etude de la mise en œuvre de l'exigence d'impartialité de l'arbitre,* Paris, LGDJ, 2020, pp. 1-12.

**940** DUNOFF (J.) et al., « Independence and Impartiality in Investment Dispute Settlement : Assessing Challenges and Reform Options », *op.cit.,* pp. 442-443.

**941**CLEIS (M. N.), *Impartiality of ICSID Arbitrators : Current case law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions*, Leiden, Brill Nijhoff, 2017, p. 5.

**942** KESSEDJIAN (C.), *Le tiers impartial et indépendant en droit international : juge, arbitre, médiateur, conciliateur,* Livre de poche de l'académie du droit international de la Haye, Brill Nijhoff, Vol. 42, 2020, p. 407.

confiance que placent les parties dans les arbitres nommés pour aboutir à une sentence acceptée de tous. Ce sentiment semble s'évaporer dans le contexte africain, car, aussi bien dans les faits que dans les perceptions, les États africains estiment que leurs intérêts ne sont pas suffisamment considérés dans le mécanisme d'arbitrage d'investissement, tant il est vrai qu'ils en sortent souvent perdants. Ces dernières années, la Libye, le Zimbabwé, le Burundi et la République démocratique du Congo ont été particulièrement affectées par les décisions arbitrales[943]. Certains juristes d'origine latino-américaine s'étaient aussi plaints du déficit d'impartialité et d'indépendance des arbitres, après analyse de certaines sentences des tribunaux du CIRDI impliquant des États de leur région[944].

L'aphorisme *« tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage »* [945] caricature la réalité de l'arbitrage caractérisée par la recherche de l'expertise qui, paraît-il, fait défaut sur le continent africain. La frustration à peine voilée des gouvernements et des spécialistes africains du droit de l'arbitrage relativement à cette perception a attisé l'envie des CER de réformer le mécanisme RDIE. L'importance de l'indépendance et de l'impartialité revendiquées par les États africains est confortée par l'absence de la règle du précédent et de procédures d'appel contre les décisions arbitrales. Les arbitres sont dotés d'un immense pouvoir, dont l'exercice ne saurait être légitime que lorsqu'il est rationnel, conforme à la loi et exempt de toute influence malencontreuse. Par ailleurs, les raisons de la modification des dispositions de RDIE par les CER africaines dans leurs textes d'investissement relèvent des pesanteurs procédurales et jurisprudentielles.

## B. Les raisons touchant à la procédure et à la jurisprudence arbitrales

L'arbitrage international investisseur-État porte en lui-même les germes de sa contestation par les États : il n'autorise que les investisseurs à intenter une action contre les États récepteurs. Ce faisant, le système rompt l'égalité entre les parties au litige. Les investisseurs disposent dès lors d'un pouvoir inégalé, dont la conséquence la plus visible est

---

**943** MÜLLER (B.), OLIVET (C.), *ISDS en Chiffres : Impact de l'arbitrage des investissements contre les États d'Afrique,* Transnational Institute, Octobre 2019, p. 4, disponible sur https://www.tni.org/files/publication-downloads/digital_isds_africa_fr.pdf, consulté le 2 décembre 2021.

**944** A leurs yeux, le CIRDI *« es un Tribunal absolutamente desequilibrado que toma partido siempre por las transnacionales ».* Pour eux, *« los laudos que los mismos (los tribunales del CIADI) dictan son mayoritariamente favorables a los inversionistas, y que incluso, existe un tratamiento injusto de los Estados »*RONDON DE SANSO (H.), *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*, cité par BONYUET LEE (D.), PEREZ PACHECO (Y.), « Sobre la independencia de los tribunales arbitrales CIADI », *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XX, 2020, p. 275.

**945** GRANDJEAN (J-P.), FOUCHARD (C.), « Le choix de l'arbitre : théorie et pratique », *Cahiers de droit de l'entreprise,* N°4, juillet-août 2014, p. 33.

l'atteinte au droit des États d'accueil de réglementer dans un but d'intérêt public. Dans ces conditions, la contestation « altermondiste » de l'arbitrage ne peut qu'être vive. Les arguments de critiques formulés par les États africains concernent le déficit de cohérence et d'uniformité des décisions arbitrales **(1)**, de même que le caractère extrêmement onéreux de la procédure arbitrale et des sentences qui en résultent **(2).**

## *1. Le manque de cohérence et d'uniformité des décisions arbitrales*

*« Trois arbitrages, un même problème, trois solutions […] »*[946]. Ainsi s'insurgeait Brigitte Stern contre l'arbitrage international à travers un article écrit en 1980. Ce n'est pas un grand secret dévoilé que des contradictions ont toujours existé dans les sentences arbitrales. Cette éminente arbitre poursuit: « *Today, investment arbitration has created a very successful arbitration system. However, this success immediately raises an issue of the system's aggregate coherence: the higher the number of arbitral awards rendered, the greater the risk of contradictory awards »*[947].

L'incohérence des décisions arbitrales inquiète les États africains, car elle est susceptible de compromettre la réalisation des objectifs de développement durable de leurs États membres[948]. La disparité des décisions arbitrales influe négativement sur la fiabilité, l'efficacité et la prévisibilité du mécanisme RDIE, ainsi que sur sa crédibilité et sa légitimité. Les divergences d'interprétation sont liées au fait que les arbitres ne se sentent pas investis, vis-à-vis du système international de justice, d'une mission d'intérêt public qui les contraindrait à tenir compte des droits et intérêts des citoyens que les États sont chargés de défendre[949]. Cette situation est de nature à amplifier les soupçons de favoritisme des États africains.

Qui plus est, le mode de désignation de ces administrateurs de « justice privée » et leurs pouvoirs quasiment illimités semblent les dispenser de s'inspirer de la règle du précédent.

---

[946]Voir STERN (B.), « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions : les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international », *Revue de l'arbitrage*, 1980, pp. 1-43.

[947] STERN (B.), « The Future of International Investment Law : A Balance between Protection of Investors and States Capacity to Regulate », *in* ÁLVAREZ (J.), SAUVANT (K.), *The Evolving International Investment Regime : Expectations, Realities, Options, op. cit.,* p. 181.

[948]KIDANE (W.), « Alternatives to Investor-State Dispute Settlement : An African Perspective », Global Economic Governance, Discussion Paper, 2018, p. 6. Voir généralement, ARATO (J.), BANIFATEMI (Y.) et al., « Lack of Consistency and Coherence in the InterprÉtation of Legal Issues », *Academic Forum, Concept Paper on Issues of ISDS Reform,* 30 january 2019, pp. 2-3.

[949]CNUDCI, *Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États*, *op. cit*., p. 8. Voir aussi ZARRA (G.), « Orderliness and Coherence in International Investment Law and Arbitration : Analysis through the Lans of State of Necessity », *Journal of International Arbitration,* Vol. 34, N° 4, 2017, pp. 655-656.

*De jure,* l'arbitrage international est caractérisé par l'absence de la règle du *stare decisis* et l'absence de toute hiérarchie institutionnelle entre les tribunaux formés pour connaître d'un litige d'investissement. *De facto,* il est marqué par une hétérogénéité de la culture juridique des arbitres. En conséquence, les décisions antérieures n'ont pas une autorité suffisante pour fixer une interprétation pour le futur[950]. L'Affaire *Romak* rend compte de l'insouciance des arbitres à s'inspirer des décisions arbitrales antérieures. Les arbitres désignés à cette occasion ont déclaré sans détour que *« with respect to arbitral awards, this Arbitral Tribunal considers that it is not bound to follow or to cite previous arbitral decisions as authority for its reasoning or Conclusions […]. The Arbitral Tribunal has not been entrusted, by the Parties or otherwise, with a mission to ensure the coherence or development of 'arbitral jurisprudence'»*[951].

Les divergences de décisions dans l'arbitrage *ad hoc* et dans l'arbitrage institutionnel sont, dans certains cas, assumées[952]. À ce propos, un auteur a estimé que si l'on appréhende le mot « jurisprudence » au sens strict[953], parler de « jurisprudence arbitrale » sonne comme une aberration, parce qu'en matière d'arbitrage, il est apparu que les sentences ne font pas forcément œuvre jurisprudentielle. En effet, *« la loi d'imitation ne semble pas pouvoir être l'apanage de ce mode de résolution des litiges »*[954]. Sans doute les CER africaines craignent-elles les mauvaises répercussions du manque de cohérence et d'uniformité dans les décisions arbitrales.

L'argument de Ten Cate justifie le sentiment des CER africaines. Cet auteur considère que les décisions arbitrales incohérentes fragilisent le régime international des investissements, tandis que *« consistent adjudication promotes equality among litigants, constrains idiosyncratic decision-making and increases the perception of legitimacy of*

---

**950** RADI (Y.), « Le précédent en droit international des investissements : réflexions d'un internationaliste sur les considérations théoriques et les enjeux pratiques d'une discussion passionnée », *in* SFDI, *Le précédent en droit international,* Colloque de Strasbourg, Paris, Pedone, 2016, p. 376.

**951**CNUDCI, *Romak S. A. (Suisse) c. République d'Ouzbékistan*, sentence du 26 novembre 2009, CPA, N°AA280, § 170, p. 41, disponible sur https://pcacases.com/web/sendAttach/491, consulté le 2 décembre 2021.

**952** Dans la même affaire, La société Romak faisait valoir qu'*« Il n'existe aucun fondement légal imposant et justifiant l'application de la jurisprudence CIRDI […] dans le cadre d'une procédure arbitrale organisée selon les règles de la CNUDCI […] le Tribunal Arbitral peut donc parfaitement choisir, en droit, d'ignorer purement et simplement cette jurisprudence», Ibidem*, § 168, pp. 40-41.

**953** Au sens strict, la jurisprudence peut être définie comme *« l'habitude de juger un problème d'une certaine façon »*. Voir PINNA (A.), « La spécificité de la jurisprudence arbitrale », *Jusletter,* 2005, p. 2, disponible sur https://www.researchgate.net/publication/259744813_La_specificite_de_la_jurisprudence_arbitrale2, 2 décembre 2021.

**954** *Ibidem*.

*dispute resolution »*[955]. Les travaux du Groupe III du CNUDCI ont également révélé que le manque de cohérence et d'uniformité des sentences arbitrales pourrait entraîner des conséquences financières et politiques fâcheuses sur les États[956]. À juste titre, il est malaisé pour les États africains d'espérer des sentences justes et équitables vu la rareté des décisions antérieures concordantes[957]. Or, une jurisprudence arbitrale cohérente livrant des décisions objectives et prévisibles renforcerait la confiance placée dans l'environnement d'investissement et la légitimité du mécanisme de RDIE.

La « loi d'imitation » et la « loi de continuité »[958] ne s'imposent pas dans la pratique arbitrale. Elles auraient pu constituer la base pour la construction d'une jurisprudence constante, vecteur de cohérence dans les décisions arbitrales. Les États africains voient ainsi leur sécurité juridique menacée en cas de litige contre un investisseur étranger. Ce qui est compréhensible, puisque dans une communauté aussi épistémique et cosmopolite que la communauté arbitrale, la cohérence aurait pu garantir des décisions plus objectives[959]. Elle est un aspect important de l'arbitrage d'investissement pourtant banalisé dans la pratique depuis bien longtemps. Les incertitudes dans la procédure arbitrale et les coûts qu'elle génère n'ont fait qu'accélérer les velléités de réforme du mécanisme de RDIE par les CER africaines.

### *2. Les coûts excessifs de la procédure et des sentences arbitrales*

L'arbitrage international d'investissement est extrêmement onéreux[960]. Il est aujourd'hui controversé en raison des coûts exorbitants qu'il entraîne. En Afrique où la plupart des États

---

**955** TEN CATE (I. M.), « The Costs of Consistency : Precedent in Investment Treaty Arbitration », *Columbia Journal of Transnational Law,* 2013, vol ; 51, N° 2, p. 420.

**956** CNUDCI, *Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États*, *op. cit*., p. 8

**957** Cet état d'esprit des États africains accentue la crise de légitimité de l'arbitrage. Pour une vue générale, voir BROWER (C. N.), SCHILL (S.), « Is Arbitration a Threat or a Boon to Legitimacy of International Investment Law ? », *Chicago Journal of International Law*, Vol. 9, N° 2, 2009, pp. 471-498. Voir aussi BESSON (S.), « La légitimité de l'arbitrage international d'investissement », *Jusletter,* 2005, 22 p, https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2005/336/_3932.html__ONCE&login=false, consulté le 2 décembre 2021.

**958** PINNA (A.), « La spécificité de la jurisprudence arbitrale », *op. cit.,* p. 2.

**959** RADI (Y.), « Le précédent en droit international des investissements : réflexions d'un internationaliste sur les considérations théoriques et les enjeux pratiques d'une discussion passionnée », *op. cit.,* p. 5.

**960**Pour s'en convaincre, voir BOTTINI (G.), CHAISSE (J.), et al., « Excessive Costs and Insufficient Recoverbility of Cost Awards », *Academic Forum on ISDS Concept Paper* 2019/9, September 2019, disponible sur https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/2020/1-exceccive-costs.pdf, consulté le 5 décembre 2021. Pour une analyse empirique récente, voir HODGSON (M.), HRCKA (D.), KRYVOI (Y.), *2021 Empirical Study : Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration,* British Institute of International and Comparative Law-Allen & Overy, 2021, 47 p, disponible sur https://www.biicl.org/publications/empirical-study-costs-damages-and-duration-in-investor-state-arbitration, consulté le 5 décembre 2021. Voir aussi BEHN (D.) et al., « Empirical Perspectives on Investment Arbitration : What do We Know ? Does it Matter ? », *JWIT,* Vol. 21, Issue 2-3, 2020, pp. 188-250. Pour approfondissement,

sont économiquement à la traîne, cette forme de justice fait jaser. Ces deux dernières décennies, les différends relatifs aux investissements ayant impliqué les États africains ont connu une augmentation remarquable, et des études empiriques révèlent les coûts exagérément élevés des actions engagées contre ces États. De la procédure aux sentences finales, ils sont chiffrés à des millions, voire des milliards de dollars US. De 1993 à 2019, le montant total des requêtes arbitrales intentées contre les États africains s'élève officiellement à 55, 5 milliards de dollars US[961].

Dans plusieurs affaires, les investisseurs ont réclamé une réparation supérieure ou égale à 100 millions de dollars US aux États africains. En guise d'illustration, en 2018, la société *Togo Terminal*, filiale du *Groupe Bolloré*, a déposé une demande d'arbitrage auprès du CIRDI contre l'État togolais pour déni de premier droit, dans laquelle elle réclamait une réparation s'élevant à 500 millions d'euros pour préjudice subi[962]. Le risque que court le Togo dans cette affaire toujours pendante au CIRDI est énorme. Ce montant est excessif dans la mesure où il représente un peu plus du 1/5 du budget total de l'État togolais pour l'année 2021[963]. Si les arbitres font droit à l'investisseur étranger, quel que soit le montant de réparation qu'ils auront retenu, il est évident que l'économie nationale sera affectée et les objectifs de politiques publiques revues à la baisse.

Certaines réclamations contre des États africains ont entraîné des condamnations ayant dépassé le milliard de dollars US. L'Égypte détient le triste record de la sanction financière la plus lourde prononcée par les tribunaux CIRDI contre un État africain. Dans l'Affaire *Union Fenosa c. Egypte*, l'État égyptien fut condamné à verser un peu plus de 2 milliards de dollars US à la joint-venture hispano-italienne en guise de compensation des dommages subis à la suite de la rupture de son approvisionnement en gaz par l'entreprise publique *Egyptian Natural Gas Holding Company* (EGAS) causée par le Printemps arabe[964].

---

voir FRANCK (S. D.), *Arbitration Costs : Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration,* Oxford University Press, 2019, 368 p.

**961** TRANSNATIONAL INSTITUTE, *L'ISDS en chiffres : L'impact de l'arbitrage des investissements contre les pays africains, op. cit. ,* p. 5.

**962** CIRDI, *Togo Terminal c. République du Togo,* Affaire n°ARB/18/18, enregistrée le 20 avril 2018.

**963** Dans la Loi de finances initiale, l'État togolais avait adopté un budget de 1521, 5 milliards de Francs CFA. Mais le 27 octobre 2021, le gouvernement annonce avoir adopté un avant-projet de loi de finances rectificative qui porte le budget à 1702, 7 milliards de Francs CFA. Voir Portail de la République togolaise, https://www.republiquetogolaise.com/gouvernance-economique/2810-6181-le-gouvernement-adopte-un-avant-projet-de-loi-de-finances-rectificative-exercice-2021, consulté le 4 décembre 2021.

**964** L'État égyptien fut condamné à payer plus exactement 2.013.071.000 de dollars US. CIRDI, *Union Fenosa Gas S.A. c. République arabe d'Egypte*, Affaire n° ARB/14/4, sentence du 31 août 2021.

Si cette somme retenue par le tribunal du CIRDI a fait grincer des dents sur le continent africain, elle n'est pas pour autant la sanction financière la plus élevée à laquelle un État africain a été condamné en matière d'arbitrage international. En 2017, une sentence arbitrale de la *London Court of International Arbitration* a condamné l'État nigérian au versement de 6,597 milliards de dollars US avec un taux d'intérêts de 7% à compter du 20 mars 2013 pour violation d'un contrat gazier conclu avec la société irlandaise *Process and Industrial Developement (P&ID)*. Jusqu'en septembre 2020, le Nigéria devait payer 10 milliards de dollars US à l'opérateur étranger, dont le capital d'investissement ne s'élève qu'à 40 millions de dollars US. Si cette sentence venait à être exécutée, elle porterait un coup dur à l'économie nigériane. Elle porterait atteinte à plus de 20% des réserves de change et 10% du stock de la dette publique totale[965].

Le fossé abyssal entre le montant de l'investissement - modeste à tous égards - et la somme de la réparation à laquelle le Nigéria est condamné a provoqué la fureur du gouvernement et a accentué le procès en illégitimité qui pèse sur l'arbitrage international. Emilia Onyema, l'une des spécialistes les plus connues du droit de l'arbitrage en Afrique[966], s'est littéralement insurgée contre cette décision, la qualifiant de « honteuse » dans une interview accordée au Magazine *Jeune Afrique* consécutive à la sentence arbitrale dans un dossier intitulé *Arbitrage international : pourquoi les États africains se rebellent*[967]. Le regretté professeur Emmanuel Gaillard écrivait que dans certaines circonstances, un arbitre, *« faute d'avoir procédé à une appréciation saine de la réalité économique, prononce une condamnation pour un montant excessif par rapport au préjudice réellement subi »*[968]. Peut-être l'État nigérian a-t-il été victime d'un scénario pareil.

Pour les États africains, le caractère onéreux de l'arbitrage d'investissement réside non seulement dans les lourdes condamnations qu'ils subissent, mais également dans les frais qu'engage la procédure d'arbitrage. La technicité des questions arbitrales requiert, on l'a soulevé, une expertise pointue. L'arbitrage d'investissement est très exigeant en ressources

---

**965** OMIUNU (O.), AKANMIDU (O.), « Reflections on *Nigeria v. Process & Industrial Developements Limited* », *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 53, 2021, pp. 112-113.

**966** Emilia Onyema est une avocate et professeure nigériane de droit du commerce international à l'Ecole des études orientales et africaines de l'Université de Londres.

**967** Voir HOLMEY (O.), « Droit des affaires : l'arbitrage international dans le box des accusés », *in* Jeune Afrique, *Arbitrage international : pourquoi les États africains se rebellent,* https://www.jeuneafrique.com/dossiers/arbitrage-international-pourquoi-les-États-africains-se-rebellent/, consulté le 4 décembre 2021.

**968** GAILLARD (E.), « Synthèse de travaux », *in* BEN HAMIDA (W.), CLAY (T.), *L'argent dans l'arbitrage,* Lextenso Editions, 2013, p. 196.

humaines de qualité et commande la mobilisation d'énormes ressources financières de la part des parties au litige. Les États africains, la plupart du temps défendeurs devant les tribunaux, doivent payer les honoraires des conseils, d'une part, et les frais liés aux travaux des arbitres proprement dit, d'autre part[969].

Les conseils en matière d'arbitrage n'hésitent pas à facturer leurs services à 1000 dollars l'heure, pendant que les arbitres peuvent percevoir jusqu'à 3000 dollars par jour en plus d'autres privilèges liés à leur mission. Le barème des frais du CIRDI stipule, en ce qui concerne les personnes chargées de rendre la décision arbitrale, que *« en sus du remboursement de toute dépense directe raisonnablement engagée par eux, les conciliateurs, arbitres, membres de Comités de constatation des faits et membres de Comités* ad hoc *ont le droit de recevoir des honoraires de 3.000 dollars par journée pendant laquelle ils ont siégé ou se sont livrés à d'autres activités se rapportant à l'instance, ainsi que des allocations de subsistance, et sont remboursés de leurs frais de voyage […] »*[970]. Si l'œuvre des arbitres n'est pas une sinécure, il reste qu'elle n'est pas totalement dépouillée de l'esprit de lucre. Ceux-ci n'ont pas bonne presse auprès de l'opinion publique, encore moins africaine. Au sentiment des arbitres africains d'être écartés des instances, se double l'impression de l'opinion publique que les arbitres visent un enrichissement personnel sur le dos des États au regard des émoluments faramineux qu'ils perçoivent[971].

Dans certaines affaires, les États se voient obligés de couvrir les frais juridiques des investisseurs en cas de condamnation. Dans la majorité des cas, la somme de ces dépenses atteint des millions de dollars et constituent sans doute une « addition salée » pour les États africains. Après le revers subi dans l'affaire *Union Fenosa*, l'Égypte a payé 1,5 millions de dollars de frais d'avocats et a dû régler les frais de justice et d'arbitrage de l'investisseur à hauteur de 10,7 millions de dollars[972].

---

**969** Voir HODGSON (M.), « Costs in Investment Treaty Arbitration : A Case for Reform », *in* KALICKI (J. E.), JOUBIN-BRET (A.), (ed.), *Reshaping Investment-State Dispute Settlement System : Journeys for the 21st Century,* Brill Nijhoff, 2012, p. 749.

**970**CIRDI, *Barème des frais du CIRIDI,* disponible sur https://icsid.worldbank.org/fr/services/contenu/bareme-des-frais-du-cirdi, consulté le 5 décembre 2021. Il faut, toutefois préciser que « dans le CIRDI, ce sont les arbitres qui fixent le montant de leurs honoraires ». BEN HAMIDA (W.), « L'évaluation des frais de l'arbitrage », *in* BEN HAMIDA (W.), CLAY (Th.), (dir.), *L'argent dans l'arbitrage, Editions Lextenso,* 2013, p. 118.

**971** Des critiques d'une rare virulence peuvent être lues dans des études réalisées par des ONG ou la presse. Voir par exemple, EBERHARDT, OLIVET (C.), *Profiting from Injustice : How Law Firms, Arbitrators, Financers are Fuelling Investment Arbitration Boom,* Corporate europe observatory, Transnational institute, November 2012, 74 p ; voir aussi « The Arbitration Game » à la page 74 de la parution du 10 octobre 2014.

**972** CIRDI, *Union Fenosa Gas S.A. c. République arabe d'Égypte*, Affaire n° ARB/14/4, sentence du 31 août 2021.

Les CER africaines redoutent les coûts exorbitants de l'arbitrage international au motif qu'ils risquent de mener leurs États membres au bord du précipice. Ce qui explique que malgré les efforts de rationalisation des coûts observés[973], elles ne semblent plus convaincues des avantages du système d'arbitrage international. Les critiques selon lesquelles les décisions arbitrales relatives aux coûts sont arbitraires et imprévisibles continuent de fleurir. Face à un mécanisme de RDIE qu'elles trouvent relativement partial et absolument onéreux, les CER africaines ont décidé de réagir.

## § 2. LES MANIFESTATIONS

L'arbitrage international en droit des investissements revêt une grande importance sur le plan juridique, économique et politique, en ceci qu'il représente un enjeu majeur des relations internationales. Du fait de la multiplicité des critiques dont les États d'accueil l'assaillent, ce mode de règlement des différends ne saurait garder son schéma et son fonctionnement originels[974]. Les CER africaines lui ont apporté des infléchissements. Leurs nouveaux accords d'investissement restreignent considérablement l'activation de ce mécanisme de RDIE **(A).** De plus, ces textes promeuvent une délocalisation du système de RDIE vers les juridictions et institutions africaines **(B).**

### A. La restriction du mécanisme de RDIE

La nouvelle génération d'accords régionaux d'investissement a offert l'occasion aux États africains d'encadrer strictement l'accès à l'arbitrage et les activités des tribunaux arbitraux. On assiste à un retour en force des États africains dans le règlement des différends relatifs aux investissements, se traduisant par l'obligation des investisseurs d'épuiser les voies de recours internes avant qu'une éventuelle procédure arbitrale ne soit introduite contre l'État hôte **(1).** Les investisseurs sont, de surcroît, liés par d'autres conditions formelles s'y rapportant **(2).**

#### *1. L'exigence de l'épuisement des voies de recours internes*

L'épuisement des voies de recours internes est une règle de droit international coutumier qui vise à sauvegarder la souveraineté des États en exigeant des particuliers de demander la réparation des préjudices prétendument causés par un État dans le cadre de son système

**973** Voir FRANCK (S. D.), « Rationalizing Costs in Investment Treay Arbitration », *Washington University Law Review*, Vol. 88, N° 4, 2011, pp. 679-852, Voir HODGSON (M.), « Costs in Investment Treaty Arbitration : A Case for Reform », op. cit., pp. 748-759.

**974** DE NANTEUIL, « Réflexions sur le positionnement des États à l'égard de l'arbitrage d'investissement », *AFRI*, Vol. XVIII, 2017, p. 588.

juridique interne, avant d'engager des poursuites internationales[975]. La Convention de Washington ayant porté le CIRDI sur les fonts baptismaux inclut cette règle. Elle dispose que *« comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés »*[976]. Toutefois, cette faculté n'est qu'exceptionnellement utilisée en droit international des investissements, en ce sens que les États d'accueil, à la conclusion des conventions relatives aux investissements, donnent préalablement leur consentement à l'arbitrage international.

Des tribunaux arbitraux du CIRDI, dans leur interprétation de l'article 26 de la Convention du CIRDI, ont jugé qu'il n'est point besoin d'épuiser les voies de recours internes avant d'initier une procédure arbitrale au CIRDI, à moins ce que cela soit expressément requis dans la convention d'investissement[977]. À défaut, les investisseurs ont la faculté de présenter librement des réclamations devant des tribunaux arbitraux sans avoir saisi auparavant les juridictions judiciaires ou administratives locales. C'est, d'ailleurs, leur option préférée, ou même naturelle depuis bien des années, en raison de leur mauvaise perception des tribunaux locaux qui, selon eux, n'ont pas la capacité de trancher, en toute transparence et indépendance, les litiges les opposant aux États d'accueil. Contourner les juridictions locales était l'un des principaux objectifs de l'arbitrage d'investissement[978].

Il n'est pas de la nature des accords d'investissement d'exiger l'épuisement des voies de recours internes[979]. Ce qui a conduit Christoph Schreuer à affirmer que *« the exhaustion of*

---

**975** BRAUCH (M. D.), *L'épuisement des voies de recours interne en droit international de l'investissement,* Série Bonnes Pratiques de l'IISD, Janvier 2017, pp. 1-2.

**976** Cf. Article 26 de la Convention de Washington.

**977** Voir CIRDI, *Lanco International. v. Argentina*, ARB/97/6, December 8, 1998, disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0450_0.pdf, consulté le 5 décembre 2021. Voir aussi CIRDI, *Generation Ukraine v. Ukraine*, Affaire n° ARB/00/9, September 16, 2003, disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf., consulté le 5 décembre 2021.

**978** Selon Christoph Schreuer, *« one of the main purposes of investment arbitration is to avoid the use of domestic courts »*, voir SCHREUER (C.), « Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law », *in* Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation : the Fordham Papers, Vol. 4, 2010, p. 71. Le doute des investisseurs étrangers quant à la capacité des juridictions locales de connaitre des litiges d'investissement en toute transparence a été également exprimé par des auteurs africains. L'avocat ghanéen Augustus Agyemang n'a pas hésité à déclarer que *« for a number of reasons African Courts are unsuitable for settling investment disputes and therefore, the role of African Courts in this area should be, as far as possible, minimised »*, voir MBENGUE (M. M.), SCHACHERER (S.), « International Investment Law in African Courts », *in* FABRI (L.), STOPPIONI (E.), *International Investment Law : An Analysis of Major decisions*, Hart Publishing, (forthcoming), p. 1, disponible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3547602, consulté le 5 décembre 2021.

**979** CAZALA (J.), « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *Journal du Droit International*, N° 1, 2017, p. 95.

*local remedies is not a requirement of contemporary arbitration* »[980]. La nature audacieuse et novatrice des réformes du système de RDIE engagées par les CER africaines est dès lors appréciable : les accords régionaux africains récents se dissocient de la pratique arbitrale dominante. L'exigence de saisir préalablement le juge interne s'impose désormais aux investisseurs. Celui-ci a le droit d'examiner leur demande dans une période raisonnable avant qu'ils ne songent à soumettre le différend à l'arbitrage international.

Le mécanisme de RDIE est prévu dans l'Accord révisé du COMESA, bien entendu, avec des aménagements. L'on ne saurait dire la même chose du Modèle de TBI de la SADC de 2017 et du Modèle de traité de la CAE. À l'étude de ces deux documents, bien que leurs rédacteurs aient fait mention de ce mode de règlement des différends, on constate qu'il a été tacitement rejeté. Dans un commentaire du second texte, on peut lire que *« the preferred option is not to include investor-State dispute settlement »*[981]. Mais ce mécanisme a été intégré au texte avec des restrictions comme celle de l'épuisement des voies de recours internes. Certainement, ce choix a été inspiré de la première version du Modèle de TBI de la SADC.

La récente version de ce document est plus radicale. Il a été rapporté que *« at the 2017 Drafting session of Member States, there was a significant rejection of investor –State dispute settlement by a majority of Member States »*[982]. Les États qui défendaient ce mode de règlement des différends ont plaidé pour son maintien. Ce qui a été fait, mais d'une façon qui cache mal la défiance du système d'arbitrage d'investissement par la SADC : les dispositions relatives au RDIE ont été renvoyées aux annexes. Il s'agit d'un signal fort du mécontentement des États à l'égard du RDIE qui, selon eux, permet aux investisseurs étrangers d'attaquer, devant les tribunaux arbitraux, les mesures légitimes de bien-être des populations prises par les États d'accueil.

Qu'il fasse partie du corps des textes du COMESA et de la CAE ou qu'il se retrouve aux annexes du Modèle de TBI de la SADC, le mécanisme de RDIE, manifesté par le droit de recours à l'arbitrage international, est limité par la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Aux termes de ces accords régionaux, un investisseur a la possibilité d'initier une procédure arbitrale contre un État d'accueil à condition qu'il *« has first submitted a claim before the domestic courts of the Host State for the purpose of pursuing local remedies, after*

---

**980** SCHREUER (C.), « Calvo's Grandchildren : The Return of Local Remedies in Investment Arbitration », The *Law and the Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 4, 2005, p. 2.
**981** Article 23 du Modèle de traité de la CAE, *Commentaire*, p. 23.
**982** Part 5 : *Dispute Settlement*, Special Note, SADC Model BIT, 2017, p. 55.

*the exhaustion of any administrative remedies, relating to the measure underlying the claim under this Agreement, and a resolution has not been reached within a reasonable period of time from its submission to a local court of the Host State »*[983].

Avant d'avoir accès aux tribunaux arbitraux, l'investisseur est contraint d'exercer les recours internes dans l'État d'accueil pendant une certaine marge de temps. Une autre condition pour y accéder est qu'il soit capable de démontrer qu'il n'existe pas de juridictions locales ayant compétence pour connaître du différend, ou de prouver que les juridictions disponibles, en dépit de leur compétence établie, ne règlent pas le différend dans un délai raisonnable[984]. L'ECOWIC contient une formulation plus ou moins développée de cette règle. Ce Code énonce que *« sauf lorsque le contrat d'investissement entre un État membre et un investisseur prévoit l'utilisation de mécanismes internationaux tels que le CIRDI ou la CNUDCI, les parties au contrat d'investissement épuisent tous les recours internes […] »*[985].

La prévision de la règle de l'épuisement des voies de recours internes par les accords régionaux a été faite sans équivoque dans l'objectif d'éviter qu'elle soit contournée par les investisseurs au moyen des dispositions de la clause de la nation la plus favorisée. Cette nouvelle approche fait des juridictions locales les premiers *fora* de règlement des différends d'investissement et offre une certaine garantie de protection des intérêts de toutes les parties prenantes, d'autant que la décision rendue est susceptible d'être infirmée ou confirmée à un niveau supérieur de juridiction.

Cela étant, les États membres des CER africaines doivent impérativement mettre en place un appareil juridique national réputé fiable. Autrement, cette règle peut devenir périlleuse pour les États d'accueil. Elle est capable de « polluer » le climat des investissements et de retarder la croissance économique de ces États[986]. Si les juridictions

---

**983** Cf. Article 23 § 4 (i) du Modèle de traité de la CAE, Article 36 § 3 (a) de l'Accord révisé du COMESA, Point 3 b (i), Annex 1 : Model Provisions for investor-State dispute settlement, SADC Model BIT with Commentary, p. 73.

**984** L'article 23 § 4 (b) (ii) du Modèle de traité de la CAE prévoit que *« The investor demonstrates to a tribunal established under this Treaty that there no reasonably available remedies capable of providing effective remedies of the disputes concerning the undelying measure, or the legal remedies provide no reasonable possibility of such remedies in a reasonable period of time ».* Lire aussi 36 § 3 (b) de l'Accord révisé du COMESA et Point 3 b (ii), Annex 1 : Model Provisions for investor-State dispute settlement, SADC Mobel BIT with Commentary, p. 73 ;Vvoir aussi PORTERFIELD (M. C.), « Exhaustion of Local Remedies in Investment-State Dispute Settlement : An Idea Whose Time Has Come ? », *The Yale Journal of International Law Online,* Vol. 41, 2015, p. 8.

**985** Article 54 § 4 de l'ECOWIC.

**986** Un auteur considère que *« public proceedings in the domestic courts are likely to exacerbate the dispute and may affect the host State investment climate »,* voir QUMBA (M. M.), « The Exhaustion of Local Judicial Remedies in Investor-State Dispute Settlement : A Proposal for the African Continental Free Trade Agreement on Investment Protocol », *Law, Democracy & Developement,* Vol. 25, 2021, p. 180.

nationales ne sont pas en mesure de garantir une procédure équitable, il est alors aisé de comprendre Schreuer qui pense que *« it is better to leave the rule intact that in investment arbitration there is no need to exhaust local remedies »*[987]. Puisque les nouveaux accords régionaux d'investissement incluent d'autres conditions qui restreignent l'accès à l'arbitrage international, il est permis de croire que les États membres des CER africaines rempliront les conditions du changement.

## *2. L'encadrement de l'arbitrage par des conditions formelles*

Par-delà l'exigence de se conformer à l'épuisement des voies de recours internes avant l'accès des investisseurs à l'arbitrage, les textes régionaux africains d'investissement soumettent ces derniers à d'autres restrictions se rapportant aux délais et au choix des forums de règlement des différends.

Les récents accords africains d'investissement font obligation aux investisseurs de privilégier un règlement des différends à l'amiable pendant une période définie avant de recourir à l'arbitrage international. Il s'agit de la « *Cooling-off period »,* une « période de réflexion » qui est, en réalité, une stratégie visant à éviter le recours direct de l'investisseur à l'arbitrage. Priorité étant donnée aux voies amiables de règlement des différends, les parties s'abstiennent d'emprunter les voies contentieuses internes au cours de cette période[988]. Conformément au Modèle de TBI de la SADC et au Modèle de traité d'investissement de la CAE, le recours à l'arbitrage international ne sera possible qu'à l'issue de six (6) mois de négociations n'ayant pas débouché sur un accord entre les parties au litige. Après l'écoulement de ce temps, l'investisseur pourra notifier à l'État d'accueil son intention d'initier une procédure arbitrale. La notification d'intention devra comporter des informations importantes, telles que les mesures contestées, le fondement factuel et juridique de la réclamation, la réparation demandée et le montant approximatif réclamé pour réparer les dommages subis[989].

À l'instar de l'Accord révisé du COMESA, les textes sus-évoqués contiennent une période limitant la possibilité d'accès de l'investisseur à l'arbitrage. Ce dernier dispose d'un maximum de trois (3) années pour recourir à l'arbitrage, à compter de la date à laquelle il a

---

**987** SCHREUER (C.), « Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law », *op. cit.,* p. 76.
**988** BRAUCH (M. D.), *L'épuisement des voies de recours interne en droit international de l'investissement, op. cit.,* p. 2.
**989** Cf. Article 23 § 4 (a) du Modèle de traité de la CAE, Point 2 Annexe 1 : *Model Provisions for Investor-State Dispute Settlement,* SADC Model BIT with Commentary, p. 73.

pris connaissance de la mesure qu'il compte contester ou du dommage ayant affecté son investissement. Passé ce délai, le droit de recours à l'arbitrage lui sera dénié, même s'il est présumé être informé de la mesure contestée ou du dommage causé à ses biens. En vertu de l'article 36 § 4 de l'Accord du COMESA révisé en 2017, *« No claim shall be submitted to arbitration if more than three (3) years have elapsed from the date on which the COMESA investor or its investment first acquired, or should have first acquired, knowledge of the breach and knowledge that the COMESA investor or its investment has incurred loss or damage »*[990].

Les textes de la SADC et de la CAE incluent des dispositions similaires mais ils ajoutent que si une période d'un an s'écoule après la clôture de la requête ayant déclenché un recours devant les juridictions étatiques, aucune procédure arbitrale ne pourra être initiée[991]. Tandis que l'ECOWIC est resté silencieux sur les conditions de délai, l'accès à l'arbitrage par l'investisseur est drastiquement limité dans le temps par les accords de la CAE, de la SADC et COMESA.

En outre, les accords régionaux africains d'investissement de la nouvelle génération incorporent la clause d'*electa una via* ou *fork-in-the-road* dans la terminologie anglophone[992]. Cette « clause d'option irrévocable » indique des forums alternatifs devant lesquels un investisseur choisit librement et irrévocablement de soumettre un litige relatif à un investissement[993]. Elle a pour effet d'imposer à l'investisseur demandeur de faire le choix entre recourir à l'arbitrage international et engager une procédure devant les juridictions étatiques. Le choix de l'un emporte renonciation à l'autre[994].

À l'exception de l'ECOWIC, tous les autres textes étudiés imposent cette condition. Ils énoncent que préalablement à l'initiation d'une procédure arbitrale, l'investisseur doit avoir renoncé ouvertement et clairement à tout droit de poursuivre et/ou de maintenir une

---

**990**Cf. Article 23 § 4 (d) du Modèle de traité de la CAE, Point 3 (d), Annex 1 : Model Provisions for investor-State dispute settlement, SADC Model BIT with Commentary, p. 73.

**991** *Ibidem.*

**992** La clause d'*electa una via* est encore désigné « fourche dans la disposition de la route » en français. Voir FERNÁNDEZ MASÍA (E.), *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y proteccion de inversiones extranjeras*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 84-87.

**993**Voir SCHREUER (C.), « Travelling the BIT Road of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road », *JWIT*, Vol. 5, N° 2, 2004, pp. 231-256 ; STEVEN (A. L.), THORNTON (N.), « Two Roads - Two Tribunals : Recent 'Fork-in-the-Road' InterprÉtations », 16 décembre 2009, disponible sur http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/12/16/two-roads-two-tribunals-recent-fork-in-the-road-interprÉtations/, consulté le 6 décembre 2021.

**994** AUDIT (M.), « La coexistence des procédures contentieuses en matière d'investissements étrangers », *Anuario Colombiano de Derecho Internacional,* Vol. 10, 2017, pp. 341-342.

réclamation devant tout autre forum aussi bien au nom de l'investisseur que de l'investissement[995]. Dans l'Affaire *Supervision et Contrôle c. Costa Rica,* il a été jugé que *« [l]'existence de tribunaux nationaux et d'arbitrage international en tant que mécanisme de règlement des différends peut générer un risque important de duplication et un problème important pour déterminer quels sont les mécanismes appropriés de règlement des différends pour des différends qui peuvent survenir pendant la période d'investissement »*[996]. Par l'introduction de la clause d'*electa una via* dans leurs instruments juridiques d'investissement, la SADC, la CAE et le COMESA entendent empêcher la duplication des procédures et des réclamations contre leurs États membres.

Au surplus, la restriction du mécanisme de RDIE par les CER africaines se traduit par le droit des États d'accueil de consentir préalablement à l'arbitrage. Ce consentement exprimé par écrit est un prérequis pour introduire une réclamation devant un tribunal arbitral[997]. On voit là une volonté des États de contrôler les effets de leur consentement. Il s'agit, en effet, de rejeter l'offre générale à l'arbitrage pour permettre aux États d'accueil de consentir à l'arbitrage au cas par cas. Julien Cazala assure que *« cette construction, à n'en point douter, contribuerait à réduire sensiblement le volume du contentieux investisseur-État devant les tribunaux arbitraux internationaux »*[998]. C'est à cette attente que veulent répondre les CER africaines à travers leur démarche.

Même en cas d'accès au tribunal arbitral, les dispositions liées à la procédure arbitrale contenues dans les accords auxquels les États d'accueil sont parties doivent prévaloir sur toutes autres règles d'arbitrage dont se serviraient les arbitres au cours de l'instance[999]. L'Accord révisé du COMESA va plus loin en mettant des moyens de défense à la disposition

---

**995** Cf. Article 23§ 4 (c) du Modèle de traité d'investissement de la CAE, Article 36 § 5 de l'Accord révisé du COMESA, Point 3 (c), Annex 1 : Model Provisions for investor-State dispute settlement, *SADC Model BIT* with Commentary, p. 73.

**996** CIRDI, *Supervision y Control S.A. c. The Republic of Costa Rica*, Affaire n°ARB/12/4, 18 janvier 2017, § 293 et 294, disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8230.pdf, consulté le 6 décembre 2021. Pour d'autres affaires relatives à la clause d'*electa una via*, Voir en ce sens VYSUDILOVA (Z.), *« Fork in the Road Disposition* en matière d'arbitrage des investissements », 16 février 2019, disponible sur https://www.international-arbitration-attorney.com/fr/fork-in-the-road-provision-in-investment-arbitration/, consulté le 6 décembre 2021.

**997** Cf. Article 23 § 4 (e) du Modèle de traité d'investissement de la CAE, Article 36 § 6 de l'Accord révisé du COMESA, Point 3 (e), Annex 1 : Model Provisions for investor-State dispute settlement, SADC Mobel BIT with Commentary, p. 73.

**998** CAZALA (J.), « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *op. cit.,* p. 93.

**999** Cf. Article 23 § 4 (f) du Modèle de traité d'investissement de la CAE, Article 36 § 6 de l'Accord révisé du COMESA, Point 3 (f), Annex 1 : Model Provisions for investor-State dispute settlement, *SADC Mobel BIT with Commentary,* p. 74.

de tout État qui serait mis en cause par un investisseur étranger. Ce texte envisage la possibilité pour l'État défendeur de démontrer que *« the COMESA investor or its investment bringing the claim has not fulfilled its obligations under this Agreement, including the obligations to comply with all applicable domestic measures or that it has not taken all reasonable steps to mitigate possible damages »*[1000]. Le non-respect des obligations découlant d'un accord d'investissement et la négligence peuvent être invoqués par l'État d'accueil contre l'investisseur demandeur devant un tribunal arbitral.

La réforme du mécanisme de RDIE est manifeste dans les textes adoptés par les CER africaines. Sans nécessairement rejeter le système de RDIE, relève Ewelukwa Ofodile, *« countries in Africa are beginning to articulate a vision of international arbitration that departs from the traditional model »*[1001]. Désormais, le recours à l'arbitrage n'est plus automatique. Les chances d'y accéder s'en trouvent extrêmement amoindries. Les restrictions au mécanisme de RDIE sont à la mesure du regard acéré que les gouvernements et la société civile africains ont posé sur ce mode de règlement des différends. Bien plus, l'on est témoin d'une délocalisation progressive des procédures de règlement des différends impliquant les investisseurs et des États africains.

## B. La délocalisation du mécanisme de RDIE vers les juridictions et institutions africaines

La réforme du mécanisme de RDIE entreprise par les CER africaines se manifeste par la reconnaissance de la compétence des juridictions communautaires pour connaître des différends relatifs aux investissements opposant un investisseur étranger et un État membre **(1).** Elle se traduit également de manière notable par la délocalisation de l'arbitrage d'investissement impliquant les États africains vers les institutions arbitrales existant sur le continent **(2).**

### *1. La saisine possible des juridictions communautaires africaines*

L'un des moyens les plus adroits et subtils des CER africaines pour tirer leurs États membres des éventuels embarras et déboires de l'arbitrage international consiste à prévoir la possibilité de saisine des juridictions communautaires en cas de litige entre un investisseur étranger et un État hôte. Il s'agit là d'une avancée notable des initiatives régionales en

[1000] Cf. Article 36 § 7 de l'Accord révisé du COMESA.
[1001] EWELUKWA OFODILE (U.), « African States, Investor-State Arbitration and the ICSID Dispute Resolution System : Continuities, Changes and Challenges », *op. cit.,* p. 337.

matière de réglementation des investissements. Précisons à ce propos que si ces juridictions ont été créées dans l'intention de catalyser l'intégration économique, il apparaît dans leur pratique contentieuse une nette prédominance des affaires relatives aux droits de l'homme[1002]. Le rappel de la compétence de ces juridictions en matière de règlement des différends d'investissement dans des accords autres que les traités constitutifs des CER marque ainsi la détermination des États africains à mettre en œuvre leur propre système de RDIE. Le contenu des nouveaux accords régionaux d'investissement l'atteste.

L'Accord révisé du COMESA prévoit que lorsque les parties à un différend d'investissement ne parviennent pas à un accord après des tentatives de règlement à l'amiable, *« a COMESA investor may, subject to the exhaustion of local remedies in the host state, submit a claim to the COMESA Court of Justice under Article 26 (1) of the Treaty »*[1003]. En vertu de cette disposition, la possibilité de saisine de la Cour de Justice du COMESA[1004] accordée aux investisseurs COMESA[1005] est voulue comme un relais aux juridictions étatiques en cas d'insatisfaction après une décision rendue par ces dernières. L'Accord relatif à la zone d'investissement commune du COMESA est un outil destiné à créer une émulation concurrentielle qui permette une libre circulation des capitaux, des biens, des services et des personnes entre les États membres[1006]. Sa version amendée en 2017, en habilitant la Cour régionale à connaître des différends ayant déjà fait l'objet de jugement sur le plan national, a pour avantage de renforcer la confiance des investisseurs.

La plupart des plaintes reçues par la Cour de Justice du COMESA sont liées au droit du travail, notamment la conduite des employés de l'organisation régionale[1007]. L'une des rares, et certainement la plus célèbre des affaires commerciales dont cette Cour a été saisie, est l'Affaire *Polytol Paints and Adhesive Manufacturers Ltd. Co. v. The Republic of Mauritius*

---

**1002** Voir SAKHO (A.), « Le droit des investissements à partir de quelques données jurisprudentielles », *in* HIEZ (D.), MENETREY (S.), *L'effectivité du droit économique dans l'espace OHADA*, L'Harmattan, 2016, pp. 279-299.

**1003** Cf. Article 36 § 1 de l'Accord révisé du COMESA.

**1004** La Cour de Justice du COMESA est l'organe judiciaire du « Marché commun ». Elle a été mise sur pied en 1998 dans le but d'assurer l'adhésion au droit dans l'interprétation et l'application du Traité constitutif de l'organisation, voir Article 7 du Traité constitutif du COMESA du 8 décembre 1998 entré en vigueur le 5 décembre 1994. À propos de la Cour, voir généralement GATHII (J. Th.), « The COMESA of Justice », *in* HOWSE (R.) et al. (ed.), *The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals,* Cambridge University Press*,* 2018, pp. 314-342.

**1005** L'investisseur pouvant saisir la Cour de justice du COMESA doit être originaire d'un État membre COMESA.

**1006**ADELEKE (F.)*, International Investment Law and Policy in Africa: Exploring a Human Rights Based Approach to Investment regulation and Dispute Settlement, op. cit.*, p.146.

**1007** GATHII (J. Th.), « The COMESA Court of Justice », *op. cit*., pp. 321-328.

de 2012[1008] dont la décision a été rendue sur le fondement du traité constitutif de cet espace économique[1009]. Avec les nouveautés apportées au mécanisme de RDIE dans l'espace COMESA, il est possible que les éventuels différends d'investissement se basent fondamentalement sur l'Accord révisé.

Les investisseurs opérant dans la région CEDEAO ont la faculté d'introduire, eux aussi, une réclamation devant la juridiction communautaire, notamment la Cour de Justice de la CEDEAO[1010]. Aux termes de l'article 57 de l'ECOWIC, *« l'accès à la Cour de justice de la CEDEAO est ouvert aux États membres, aux institutions de la CEDEAO, aux personnes morales, aux investisseurs et aux particuliers »*. Les investisseurs opérant dans l'espace CEDEAO peuvent donc saisir la Cour de la Communauté en qualité de personnes physiques ou morales. Les États hôtes se voient aussi conférer ce droit, alors qu'en application du système traditionnel de RDIE, ils n'étaient pas habilités à initier une procédure de réclamation à l'encontre des investisseurs.

Il n'est pas sans intérêt de rappeler que l'Acte additionnel de la CEDEAO portant sur les investissements adoptés en 2008 ouvrait déjà, de manière exceptionnelle, une porte d'accès à la Cour de justice de la communauté aux investisseurs. Ceux-ci ne pouvaient recourir à la Cour en alléguant une violation de leurs droits humains par les États récepteurs[1011]. Néanmoins, les incertitudes de la Cour sur la question de savoir si sa saisine était permise aux personnes physiques ou morales ont provoqué des ambiguïtés dans les décisions qu'elle a rendues. Les affaires *CNDD c. Côte d'Ivoire* ECCJ, *The National Co-ordination Group of Departmental Representatives of Coffee-Cacao v. Côte d'Ivoire* et *Ocean*[1012] et *King Nigeria Ltd c. Sénégal*[1013] en fournissent la preuve[1014].

---

**1008** COMESA Court of Justice, *Polytol Paints and Adhesive Manufacturers Ltd. Co. c. The Republic of Mauritius, Reference N°1 of 2012,* December 6, 2012, disponible sur https://www.tralac.org/files/2013/09/Polytol-v-Mauritius-August-31.08.2013-20.40-judgment.pdf, consulté le 10 décembre 2021.

**1009** Pour analyse voir ERASMUS (G.), « The COMESA Court of Justice : Regional Agreements Do Protect Private Parties, Tralac Law Center, Stellenboch, N°S13TB09/2013, October 2013, diponible sur https://www.tralac.org/files/2013/10/S13TB092013-Erasmus-COMESA-Court-of-Justice-Legal-agreements-protect-private-parties-20131015-fin.pdf, consulté le 10 décembre 2021.

**1010** La Cour de Justice de la CEDEAO est l'organe judiciaire de cette organisation d'intégration économique ouest-africaine. Elle a été créée établie en 1991 par le Protocole A/P.1/7/91 relatif à la Cour de Justice de la Communauté.

**1011** Cf. Article 33 § 7 de l'Acte additionnel de 2008.

**1012** ECCJ, *The National Co-ordination Group of Departmental Representatives of Coffee-Cacao v. Côte d'Ivoire,* ECW/CCJ/APP/02/09, december 17, 2009.

**1013** ECCJ, *Ocean King Nigeria Ltd v. Republic of Senegal*, ECW/CCJIJUD/7/11, July 8, 2011.

**1014** MBENGUE (M. M.), SCHACHERER (S.), « International Investment Law in African Courts », *op. cit.,* p. 18. Voir HAPPOLD (M.), « Investment State-Dispute Settlement Using ECOWAS Court of Justice : An Analysis and Some Proposals », *ICSID Review*, Vol. 34, N°2, 2019, pp. 502-505.

Dans la zone CEDEAO, l'ECOWIC fournit assurément la meilleure piste pour la saisine de la juridiction communautaire par toutes les parties à un différend d'investissement. Cet instrument juridique prévoit qu'en cas de recours à l'arbitrage, l'instance arbitrale peut avoir lieu devant la Chambre d'arbitrage de la Cour de justice de la Communauté[1015] ; une matérialisation de la volonté des autorités de la Cour d'en faire un outil de promotion des investissements dans la Communauté. Tony Anene-Maidoh, Greffier en Chef de la Cour, avait tenu des propos assez convaincants à ce sujet. Pour lui, *« as a Community, we cannot fully attract foreign direct investment into our region without assuring investors of the availability of a Regional Arbitration forum for dispute resolution »*[1016]. La Chambre d'arbitrage de la Cour pourrait se révéler utile tant pour les investisseurs que pour les États hôtes si les États membres de la CEDEAO parvenaient à la rendre opérationnelle.

La voie extrajudiciaire de règlement des litiges d'investissement devant la juridiction communautaire se retrouve également dans le Modèle de traité d'investissement de la CAE. S'il est vrai que ce texte n'exclut pas la possibilité d'un investisseur d'initier une procédure arbitrale sur la base des règles de l'arbitrage CIRDI ou de la CNUDCI[1017], il lui offre tout de même la faculté d'introduire une réclamation arbitrale devant la Cour de justice de la CAE[1018]. Ainsi, *« an investor may submit an arbitration claim […] d) to the East African Court of Justice »*[1019]. Il y a lieu d'indiquer que la saisine de cette juridiction communautaire pour le règlement d'un différend d'investissement par voie judiciaire est possible pour les investisseurs sur le fondement du Traité constitutif de 1999[1020]. En effet, les opérateurs économiques peuvent intenter directement des actions contre les États d'accueil pour adoption de mesures violant cet instrument juridique[1021]. Les affaires *Modern Holding (E. A.) Ltd v. Kenya Port Authority*[1022] et *British American Tobacco(U) Ltd v. Attorney General*

---

**1015** Cf. Article 54 § 2 de l'ECOWIC.

**1016** Déclaration faite à l'occasion de la rentrée judiciaire 2017-2018 de la Cour de Justice de la CEDEAO, voir HAPPOLD (M.), « Investment State-Dispute Settlement Using ECOWAS Court of Justice : An Analysis and Some Proposals », *op. cit.,* p. 498.

**1017** Cf. Article 26 § 6 du Modèle de traité de la CAE.

**1018** La *East African Court of Justice* (EACJ) est l'organe judiciaire de la CAE. Elle a été créée par le traité constitutif de l'organisation régionale en 1999. Mais elle sera effectivement établie le 30 novembre 2001.

**1019** Cf. Article 26 § 6 du Modèle de traité de la CAE.

**1020** L'article 30 § 1 du traité de la CAE prévoit que *« any person who is resident in a Partner State may refer for determination by the Court, the legality by any Act, regulation, directive, decision or action of a Partner State or an institution of the Community on the grounds that such Act, regulation, directive, decision or action is unlawful or an infringement of the provisions of the Treaty ».*

**1021** Voir MBENGUE (M. M.), SCHACHERER (S.), « International Investment Law in African Courts », *op. cit.,* p. 16.

**1022** EACJ, *Modern Holding (E. A.) Ltd v. Kenya Port Authority,* Reference N°1 of 2008, disponible sur https://www.eacj.org/wp-content/uploads/2020/11/Reference-No.-1-of-2008-Modern-Holdings-EA-Limited-Vs-Kenya-Ports-Authority.pdf, consulté le 15 décembre 2021.

*of the Republic of Uganda*[1023] sont emblématiques de l'activité judiciaire de la Cour de justice de la CAE en matière d'investissement.

L'intégration du RDIE dans les juridictions communautaires est un progrès normatif servant l'ambition des États africains de rééquilibrer les rapports de force entre les parties à un litige. Dans ce souci, ces juridictions sont tenues d'être fiables et transparentes pour ne pas souffrir de manque de légitimité et de crédibilité. L'on ne saurait passer sous silence le contre-exemple du Tribunal de la SADC[1024], dissout par suite des vives controverses provoquées par la décision rendue dans l'affaire *Mike Campbell (Pvt) Ltd and Others v. The Republic of Zimbabwe*[1025]. Du fait de l'inactivité de cette Cour, le Modèle de TBI de la SADC renvoie les parties à d'autres forums de règlement des différends relatifs aux investissements. À l'instar des textes du COMESA, de la CAE et de la CEDEAO, il recommande le recours aux institutions arbitrales africaines.

## *2. Le recours privilégié aux institutions arbitrales africaines*

Tel qu'analysé plus haut, la sous-représentation des arbitres africains dans les tribunaux arbitraux est l'un des principaux arguments avancés par les États africains pour exprimer leur désaccord avec le système d'arbitrage international. Cet argument ne serait pas plausible si les affaires portées devant les tribunaux arbitraux composés de spécialistes non-africains n'impliquaient pas les États africains. Ces derniers croient perdre leur droit de regard sur le traitement des affaires les concernant[1026]. Le mécanisme d'arbitrage international en matière

---

**1023** EACJ, *British American Tobacco v. Attorney General of Uganda,* Reference N° 7 of 2017, disponible sur https://www.eacj.org/wp-content/uploads/2020/11/Application-No.-13-of-2017-British-American-Tobacco-U-Ltd-vs-the-Attorney-General-of-the-Republic-of-Uganda.pdf, consulté le 15 décembre 2021. Pour analyse de cette affaire, voir MBORI (H. O.), « Case Commentary on the British American Tobacco v. Attorney General of Uganda (EACJ) and GETMA International v. The Republic of Guinea (OHADA CCJA) », *AfJIEL*, Vol. 1, 2020, pp. 339-402.

**1024** La *SADC Tribunal* était l'organe judiciaire de la SADC. Cette Cour régionale fut créée en 1992 par l'article 16 du traité constitutif avant d'être démantelée vingt années plus tard. Voir SAUROMBE (A.), « African Regional Judiciaries and their Jurisprudence in Trade Law Matters », *in* JEMIELNIAK (J.), NIELSEN (L.), OLSEN (H. P.), *Establishing judicial Authority in International Economic Law*, Cambridge University Press, 2016, pp. 99-107.

**1025** Le gouvernement zimbabwéen avait refusé d'exécuter la décision du Tribunal de la SADC le condamnant d'avoir violé le traité de l'organisation en prenant des mesures d'expropriation contre des fermiers blancs. Ce rejet manifeste de l'autorité de cette juridiction communautaire a été suivi de manœuvres politiques qui vont malheureusement entrainer une suspension des activités du Tribunal de la SADC puis à sa dissolution définitive en 2012. SADC Tribunal, *Mike Campbell (Pvt) Ltd and Others v. The Republic of Zimbabwe*, Case N° 2/2007, Ruling delivered on November 28, 2008, disponible sur http://www.saflii.org/sa/cases/SADCT/2008/2.pdf, consulté le 10 décembre 2021. Pour approfondissement, voir NDLOVU (P.N.), « Campbell v. Republic of Zimbabwe : A Momentum of Truth for the SADC Tribunal », *SADC Law Journal*, Vol. 1, 2011, pp. 63-79 ; NALDI (G. N.), « Mike Campbell (Pvt) Ltd et al. v. The Republic of Zimbabwe : Zimbabwe Land Reform Programme Held in Breach of SADC Treaty », *Journal of African Law*, Vol. 53, N° 2, 2009, pp. 305-320.

**1026** Voir SOAS (School of Oriental and African Studies), *Domestic and International Arbitration : Perspectives from African Arbitration Practitioners,* SOAS Abritation Survey in Africa, 2018, pp. 4.

d'investissement ne résiste pas à la véracité de ce sentiment de marginalisation vécu les arbitres africains. Cette situation a généré un sursaut nationaliste qui sera transcrit dans les accords d'investissement adoptés par les États membres des CER.

Les nouveaux instruments juridiques d'investissement adoptés par les CER africaines encouragent vivement les investisseurs et les États d'accueil à privilégier les institutions arbitrales existant sur le contient dans la résolution des différends survenant entre eux. S'inspirant probablement du Code panafricain des investissements[1027], l'Accord révisé du COMESA énonce sans ambages qu'un différend entre un investisseur COMESA et un État d'accueil peut faire l'objet d'un arbitrage devant *« an African international arbitration institution »,* sous réserve qu'il n'ait pas pu être résolu par voies amiables et que les parties aient épuisé les voies de recours judiciaires et administratives internes[1028]. Le Modèle de TBI de la SADC n'est pas moins explicite. Ce texte aussi autorise l'investisseur à introduire une réclamation auprès d'un centre régional africain d'arbitrage nommément désigné. Dans leurs commentaires, les rédacteurs de ce texte ont précisé que *« the purpose of this is to highlight the need to give preferences to African-based institutions »*[1029].

Malgré l'absence du qualificatif *« africain »* dans les dispositions de l'ECOWIC et du Modèle de traité d'investissement de la CEA invitant les parties à recourir à l'arbitrage, il est incontestable que ces textes s'inscrivent dans l'esprit du *« keeping it local »*[1030] prôné par les experts africains en droit de l'arbitrage. Hormis la possibilité donnée aux investisseurs et aux États hôtes de saisir la Chambre d'arbitrage de la Cour de justice de la CEDEAO par l'ECOWIC, ce Code prône la recherche de solution à leur différend devant les instances arbitrales locales. Précisément, *« les investisseurs et États membres sont invités à recourir à saisir des institutions régionales et nationales tout aussi compétentes en matière*

---

**1027** L'article 42 § 1 (d) du PAIC dispose que *« […] l'arbitrage peut être mené par tout centre africain public ou privé de résolution des différends […] ».*

**1028** Aux termes de l'article 36 de l'Accord révisé du COMESA, *« 1. In the event that a dispute between a COMESA investor and a Member State has not been resolved, pursuant to article 34, a COMESA investor may, subject to the exhaustion of local remedies in the Host State, submit a claim to the COMESA Court of Justice under Article 26 (1) of the Treaty. 2. Paragraph 1 shall apply unless, the disputes parties, by specific written agreement, submit the claim to the following arbitral fora : (a) an African international arbitral institution […] ».*

**1029** Point 5 (a), Annex 1 : Model Provisions for investor-State dispute settlement, *SADC Mobel BIT with Commentary,* p. 75.

**1030** Inspiré du titre d'un article du blog *Legal Africa* dans lequel des experts en droit de l'arbitrage plaident pour le déroulement des procédures arbitrales dans les institutions arbitrales africaines et sur la base des règles d'arbitrage établies par celles-ci. Voir SISTERSON (C.), « Keeping It Local : Arbitration in Africa », December 10, 2021, disponible sur https://www.africa-legal.com/news-detail/keeping-it-local-arbitration-in-africa/, consulté le 16 décembre 2021.

*de règlement des différends »*[1031]. La préférence pour les institutions et centres publics ou privés de règlement extrajudiciaire des litiges est apparente. La même conclusion pourrait être tirée des dispositions du Modèle de traité d'investissement bien que celles-ci se bornent à envisager l'accès à la Cour de justice de la CEA au profit des investisseurs[1032].

L'« africanisation » du système d'arbitrage d'investissement est en marche et se manifeste à un double niveau[1033]. Premièrement, la tenue des instances arbitrales sur le continent africain est de plus en plus promue. On note une professionnalisation et une floraison des centres et institutions africains d'arbitrage international. De nos jours, il n'y aurait pas moins de 71 Centres d'arbitrage en Afrique[1034]. Parmi ceux qui ont une ambition internationale ou régionale, on citera, entre autres, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'OHADA[1035], le Centre Régional du Caire pour l'Arbitrage Commercial International (CRCICA)[1036], la Cour Permanente d'Arbitrage de Maurice[1037], le Centre d'Arbitrage International de Kigali (KIAC)[1038], etc. Le plus récent, à savoir, le Centre International d'Arbitrage et de Médiation (CIAM), dont le siège se trouve à Lomé (Togo)[1039], a été rendu opérationnel le 29 avril 2022. Ces institutions arbitrales, dont la notoriété est déjà établie ou en construction, font partie des forums de règlement des différends entre

---

**1031** Article 54 § 2 de l'ECOWIC.

**1032** Cf. Article 23 § 6 (d) du Modèle de traité d'investissement de la CAE.

**1033** Voir MBENGUE (M. M.), « Africa's Voice in the Formation Shaping and Redesign of International Investment Law », *op. cit.,* pp. 476-477.

**1034** NGWE (M-A.), « États des lieux de l'arbitrage en Afrique », Conférence de l'Association Française d'Arbitrage, 19 septembre 2018, pp. 10-11, disponible sur http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2018/12/2018_AFA_Conference_État-des-lieux-de-l-arbitrage-en-Afrique-Marie-Andree-Ngwe.pdf, consulté le 14 décembre 2021.

**1035** L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires est une organisation intergouvernementale d'intégration juridique établie par le Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 révisé au Québec en 2008. Elle est composée de 17 États africains. Créée en 1998, la CCJA est l'instance juridictionnelle de l'Organisation. Cette Cour a pour objet d'assurer la cohérence dans l'interprétation et l'application des Actes uniformes de l'OHADA. Voir https://www.ohada.com/, consulté le 14 décembre 2021. À propos de l'arbitrage CCJA en matière d'investissement, voir KENFACK-DOUAJNI (G.) (ed.), *L'arbitrage en matière commerciale et des investissements en Afrique*, Presses de l'université de Pau et du Pays de l'Adour, 2017, pp. 261-282.

**1036** Le CRCICA a été créé en 1979 sous la houlette de l'Organisation Juridique et Consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO). C'est l'un des tout premiers Centres d'arbitrage créé sur le continent africain. Voir SELIM (I.), *Le Centre Régional du Caire pour l'Arbitrage Commercial International,* 53 p, disponible sur https://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/ppt_francais_crcica_2017.pdf, consulté le 15 décembre 2021.

**1037** La Cour Permanente d'Arbitrage de Maurice a été mise en place à la Chambre de Commerce de Maurice en 1996. Les détails sur la Cour sont disponibles sur https://www.intracen.org/Cour-permanente-darbitrage-a-la-Chambre-de-commerce-et-dindustrie-de-Maurice/, consulté le 14 décembre 2021.

**1038** Le Kigali International Arbitration Center (KIAC) a été établi en 2011. Il est devenu officiellement opérationnel en 2012. Voir https://arbitrationlaw.com/library/kigali-international-arbitration-center-kiac-national-arbitration-institution-report-world, consulté le 15 décembre 2021.

**1039** Créé en 2019, les activités du CIAM ont été officiellement lancées le 29 avril 2022 à Lomé (Togo).

investisseurs et États auxquels les nouveaux instruments régionaux d'investissement se réfèrent.

Deuxièmement, la réforme africaine du système d'arbitrage d'investissement réside dans la modernisation progressive des règles et des procédures d'arbitrage. L'exemple de quelques institutions est très édifiant. Les États membres de l'OHADA ont revisité leur Acte Uniforme sur l'arbitrage en y incorporant des dispositions inspirées des meilleures pratiques relatives à l'investissement. De même, les règles d'arbitrage de la CCJA ont été révisées dans le but de rendre l'arbitrage de cette institution régionale plus fiable et attractif. Tel est aussi l'objectif ayant amené l'État mauricien à ratifier promptement la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondés sur des traités[1040].

Au regard des nombreuses restrictions apportées au système d'arbitrage d'investissement en Afrique, le mode de règlement des différends Investisseur - État n'emporte plus l'adhésion de la majorité des États. La délocalisation des procédures arbitrales vers les institutions africaines dévoile leur désaccord avec le système d'arbitrage international. Autant d'évolutions et de dévolutions dans le mécanisme de RDIE qui confirment l'impopularité croissante de ce mode de règlement des différends relatifs aux investissements en Afrique. L'incorporation d'autres mécanismes de règlement des différends dans les accords régionaux africains d'investissement en dit long.

## SECTION II. LA PRÉFÉRENCE POUR D'AUTRES MODES DE RÈGLEMENT DES LITIGES RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS

Le mécontentement engendré par l'arbitrage international a obligé les États africains à reposer leur espoir sur d'autres modes alternatifs de règlement différends relatifs aux investissements. Les accords régionaux les plus récents exigent des investisseurs et des États d'accueil des investissements de recourir prioritairement aux voies amiables de règlement de leur différend (§ 1). De plus, la défiance du mécanisme de RDIE par les États africains, traduite par sa restriction et sa délocalisation, est suivie d'une « réémergence »

[1040] ONU, *Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités,* A/RES/69/116, disponible sur https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2016/830/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2016-830-fr-pdf-a.pdf, consulté le 16 décembre 2022.

du mécanisme de règlement interétatique des différends dans les textes régionaux d'investissement (§ 2).

## § 1. L'EXIGENCE D'UN RÈGLEMENT AMIABLE DES DIFFÉRENDS

Les accords régionaux relatifs aux investissements adoptés par les CER africaines imposent aux parties à un différend d'envisager son règlement à l'amiable avant d'engager toute procédure d'arbitrage international. Il appartient dès lors à ces dernières de trouver une solution acceptée par les parties, au moyen de la négociation directe **(A)** ou assistée (**B).** Sommairement, la négociation est *« le mode initial et le plus ordinaire de règlement des différends […]. Elle est généralement considérée comme un préalable au recours à tout autre mode de règlement des différends, qui n'apparaîtra utile que lorsqu'elle a échoué »*[1041].

### A. Le recours à la négociation directe

Menée sous le contrôle exclusif des parties au différend, par des contacts personnels et en dehors des cadres juridictionnels, la négociation leur offre l'occasion de partager mutuellement leurs points de divergence et leurs propositions nécessaires à l'émergence d'un accord. Ce mécanisme permettrait aux parties de trouver un accord ou un arrangement amiable ; une *« solution donnée à un différend par un accord entre les parties »*[1042]. Il se déploie de diverses manières **(1)** et recèle des avantages certains pour les parties qui y recourent dans le but de régler leurs différends **(2).**

#### *1. L'usage de voies diversifiées*

La palette des modes diplomatiques de règlement des différends est diversifiée. Mais la négociation demeure le procédé le plus simple, en plus d'être le premier[1043]. Selon Arnaud Stimec, elle est *« un dialogue centré sur un problème à résoudre et visant un accord mutuellement acceptable »*[1044]. *« Chose la mieux partagée dans le contentieux international »*[1045], elle répond à double une finalité : purger le contentieux en vue de limiter le recours à l'arbitrage, et identifier l'origine du litige, l'objet du désaccord entre les parties, afin de restreindre les compétences des tribunaux arbitraux, si jamais l'arbitrage

---

**1041** DUPUY (P-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public,* Paris, Dalloz, 15è édition, 2020, p. 638.
**1042** SALMON (J.), (dir.), *Dictionnaire de droit international public, op. cit.,* p. 91.
**1043** ZARKA (J-C.), *Droit international public*, Ellipses, 2è éd., 2015, p. 90.
**1044** STIMEC (A.), *La négociation*, Paris, Dunod, 2005, p. 10.
**1045** DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.,* p. 262.

s'imposait[1046]. L'accord amiable est ainsi un préalable obligatoire au recours juridictionnel par les parties.

Si l'obligation de négocier est un acquis dans le contentieux interétatique, son ancrage dans le contentieux entre un État et un individu n'est pas pour autant marqué. Il en découle qu'à défaut d'une mention claire, dans une convention, de l'obligation de négociation préalable avant la saisine d'un tribunal arbitral, l'on ne saurait parler de l'existence d'une « coutume procédurale » qui contraindrait les parties à un différend à négocier[1047]. Sans doute les CER africaines voulaient-elles ôter le haro de doute qui entourerait le recours à la négociation directe en incorporant une obligation formelle à la charge des parties dans leurs accords d'investissement.

L'obligation de négociation préalable pèse sur les investisseurs et les États d'accueil de l'espace SADC et du COMESA. Dans les instruments juridiques d'investissement récemment adoptés par ces CER, il a été envisagé que *« the Parties shall seek to resolve the potential disputes through amicable means, both prior to, and during cooling-off period »*[1048]. De la naissance du litige à la fin de la période de « refroidissement » du litige, des tentatives de solution amiable sont requises aux parties. Tel que l'expose le titre de ces dispositions, la négociation directe est naturellement la toute première voie de règlement à l'amiable disponible[1049].

S'agissant du Modèle de Traité d'investissement de la CAE, l'article 23 § 1, en guise de moyens directs de règlement des différends relatifs aux investissements, envisage également le recours aux consultations : « *in the event of a dispute between an investor or his investment […] and a Host State pursuant to this Treaty, the investor and the Host State should initially seek to resolve the dispute through consultation and negotiation »*[1050]. L'intention est de restreindre le recours à l'arbitrage. Le délai d'attente de six mois exigé par ces textes avant la saisine d'un tribunal arbitral est une stratégie mise en place pour contribuer à apaiser les tensions et à dégager éventuellement un accord entre les parties par le truchement de la négociation directe.

---

**1046** *Idem.*
**1047** *Idem.*
**1048** Cf. Article 34 § 3 de l'Accord révisé du COMESA, Article 32 § 4 du Modèle e TBI de la SADC.
**1049** L'article 34 de l'Accord révisé du COMESA et l'Article 32 du Modèle de TBI de la SADC ont pour titre : « Negotiation and Mediation ».
**1050** Article 23 § 1 du Modèle de traité d'investissement de la CAE.

L'ECOWIC n'emploie pas expressément le terme « négociation » pour désigner ce mode de règlement des différends entre un opérateur économique et un État hôte. En revanche, ce document y fait référence indirectement lorsqu'il exige le recours aux consultations. *« Tout différend entre une État-membre et investisseur ou entre des investisseurs peut être résolu au moyen de consultations […] »* [1051], dispose l'article 54 § 1 de ce texte régional d'investissement.

Notons, en ce qui concerne les consultations, que cette voie diplomatique de règlement des différends est une forme de négociation né du régime contentieux de l'OMC. Elle a pour but d'arriver à un règlement satisfaisant de la question litigieuse[1052]. À en juger par les statistiques, les consultations se sont révélées efficaces à plusieurs reprises. Un rapport de l'OMC publié en 2015 montre que *« plus de la moitié de l'ensemble des différends portés devant l'OMC ont été réglés à l'amiable »*[1053]. Plus exactement, « *sur les 500 différends soumis à l'OMC, seulement 282 ont donné lieu à une procédure. La plainte a été retirée ou l'affaire a pu être résolue au niveau bilatéral dans 110 cas »*[1054]. L'insistance des organes de jugement de l'OMC sur l'importance des consultations est donc compréhensible. L'Organe d'appel, dans l'affaire *Mexique – Sirop de maïs*, s'est fendu d'une déclaration fort expressive de sa foi dans ce mode de règlement des différends : *« À la faveur des consultations, les parties échangent des renseignements, évaluent les points forts et les points faibles de leurs thèses respectives, réduisent la portée des divergences qui les séparent et, bien souvent, trouvent une solution mutuellement acceptable […] »*[1055].

À cet égard, l'approche des CER africaines dans leurs textes d'investissement, relativement à la résolution des litiges, s'appuie opportunément sur le postulat que *« la*

---

[1051] L'article 54 § 1 de l'ECOWIC dispose : « Tout différend entre un État-membre et un investisseur ou entre des investisseurs peut être résolu au moyen de consultations […] ».

[1052] Cf. Article 4 § 5 du Mémorandum d'Accord sur la Règlement des Différends de l'OMC.

[1053] OMC, Règlement des différends dans le cadre de l'OMC, Brochure établie à l'occasion du 20 ème anniversaire de l'OMC, 2015, cité par GHERARI (H.), « L'accord amiable en droit international public », *in* MOURALIS (D.), BEN HAMIDA (W.), *L'accord amiable : et après ?* Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2020, p. 55.

[1054] OMC, *Note d'information : Règlement des différends,* Dixième conférence ministérielle de l'OMC, Nairobi, 2015, disponible sur https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/mc10_f/briefing_notes_f/brief_disputes_f.htm, consulté le 16 décembre 2021.

[1055] Voir OMC, *Mexique – Sirop de maïs,* Rapport de l'Organe d'appel, 22 octobre 2001, WT/DS132/AB/RW, § 54, disponible sur https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=F&CatalogueIdList=31557&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True, consulté le 20 novembre 2021.

*solution mutuellement convenue est la solution préférable »*[1056]. C'est de bonne guerre, tant les divers modes de règlement des différends sus-évoqués possèdent des vertus quelquefois insoupçonnées.

## 2. *Les avantages liés aux voies disponibles*

La négociation directe pourrait fonctionner dans le cadre du règlement des différends entre les investisseurs et les États africains, car *« les sociétés africaines disent crûment que la justice d'État n'est qu'une arène de négociation parmi d'autres, souvent moins efficace que la gestion en face à face du conflit »*[1057]. La négociation est, par conséquent, plus prisée que la justice étatique. *A fortiori,* elle relègue l'arbitrage à la périphérie en termes de préférence pour les modes de règlement des différends. Eu égard à leur situation économique, marquée par un marasme profond, les États africains tireraient profit de ce mode de règlement des différends. Comparé à l'arbitrage qui est uniquement axé sur le versement d'une réparation – généralement colossale - pour les dommages découlant de la violation des obligations conventionnelles par l'État d'accueil, la négociation directe est moins périlleuse, en ce qu'elle donne la possibilité aux parties de s'entendre sur d'autres solutions, telles que la modification éventuelle de la mesure étatique contestée ou d'autres formes de compensation non pécuniaire[1058].

De surcroît, la liberté d'action dont jouissent les parties au cours du processus leur permet de trouver une solution tenant compte des besoins et des intérêts juridiques et socio-politiques mutuels, ce qui garantit la pérennité des relations entre les protagonistes. Une solution négociée entraîne rarement l'interruption des projets d'investissement déjà initiés. L'intérêt public d'un État d'accueil ne sera guère sacrifié sur l'autel des intérêts privés des investisseurs. L'inverse n'est pas non plus concevable. Dans le cadre de la négociation, la pérennité des relations économiques en vue du développement durable recherché par l'État d'accueil épouse la rentabilité poursuivie par les investisseurs. Et pour que cela advienne, la

---

**1056** OMC, Guide sur le règlement des différends de l'OMC, 2018, p. 14, disponible sur https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/dispuhandbook17_f.pdf, consulté le 20 novembre 2021. Voir également AL JEHNI (R.), *Règlement des différends relatifs à l'investissement dans le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Etude comparative entre l'arbitrage investisseur – État et les mécanismes de règlement des différends de l'OMC*, Thèse de doctorat en droit public, Université Paris-Est, 2018, 512 p.

**1057** LE ROY (E.), *Les Africains et l'institution de la justice-Entre mimétismes et métissages,* Paris, Dalloz, 2004, p. 209.

**1058** CNUCED, *Différend entre investisseurs et État : Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage, op. cit.,* p. 23.

CIJ avait jugé – en application du principe de bonne foi - que *« les parties ont l'obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens »*[1059].

Pendant que dans le régime international des investissements, *« la question se pose de savoir si la solution de l'accord à l'amiable ne devrait pas gagner en importance par rapport à l'arbitrage transnational »*[1060], au sein des CER africaines, il n'y a plus de place au doute. La négociation, qui multiplie les chances d'éclosion de cet accord entre les parties au litige, est prioritaire. Le coup de projecteur porté par Habib Ghérari sur les multiples avantages de l'entente pouvant découler de la négociation, conforte l'opportunité de la démarche des CER africaines. Pour lui, *« l'accord amiable offre nombre d'avantages non négligeables : il est confidentiel, rapide, peu coûteux, susceptible de s'adapter aux particularismes de chaque situation, comporte des souplesses et libertés que l'arbitrage n'offre pas toujours puisque ce dernier statue en droit, et peut, à l'inverse des procédures contentieuses, éviter la rupture des relations entre l'État et l'investisseur qui ont ainsi la possibilité de poursuivre leurs rapports construits patiemment et parfois de longue date, etc »*[1061].

Les avantages de la négociation sont incontestables. Néanmoins, des obstacles pourraient surgir durant ce processus au point de le compromettre. Dès lors pourrait s'imposer le besoin pour les parties de se faire accompagner par un médiateur ou un conciliateur. La propension des CER africaines à « l'amiabilisation »[1062] du règlement des différends entre les investisseurs et leurs États membres est confirmée par la reconnaissance du rôle des acteurs sus-évoqués dans leurs accords régionaux. Leur assistance technique à la négociation pour son bon déroulement et, éventuellement, pour son aboutissement heureux, revêt un intérêt particulier dans certaines circonstances.

## B. Le recours à la négociation assistée

*« La conciliation et la médiation font parties des différends modes alternatifs de règlement des conflits qui existent en droit public au côté de l'arbitrage […]. Celles-ci étant très proches, elles sont particulièrement difficiles à distinguer. Dans les deux cas néanmoins, qu'il s'agisse donc de conciliation ou de médiation, le recours à ces modes de règlement de*

---

**1059** Voir CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas),* 20 février 1969, § 85 ; CIJ, Application de l'Accord intermédiaire du 13 septembre 1995 (Ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce), 5 décembre 2011, § 132, Affaires citées par DUPUY (P-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public, op. cit.,* pp. 638-639.

**1060** GHERARI (H.), « L'accord amiable en droit international public », *op. cit.,* p. 57.

**1061** *Idem.*

**1062** Voir WAGOUE TCHOKOTCHEU (D. C.), « La conciliation dans l'office du juge camerounais », *Revue de droit international et de droit comparé,* n°1, 2017, p. 87.

*litiges se traduit par l'intervention d'un tiers impartial »*[1063]. L'étude des accords régionaux d'investissement adoptés par les CER révèle que parmi ces mécanismes, la médiation est plébiscitée par les États africains **(1).** À plusieurs reprises, ces derniers ont également opté pour la conciliation comme mode de résolution des litiges les opposant aux investisseurs. Leur appétence pour ce mode de règlement des litiges à l'amiable semble, cependant, s'estomper **(2).**

## *1. La médiation, un mécanisme manifestement utile*

La médiation fait partie intégrante d'une longue tradition africaine désignée trivialement sous l'appellation d'« arbre à palabres ». Issue du latin *« mediare »* qui signifie *« être au milieu »* ou « *s'interposer »,* ce mode de règlement des différends est une procédure faisant intervenir une tierce personne dans les négociations entre les parties à un différend[1064]. La mission de cette tierce personne, le médiateur, en l'occurrence, consiste à faciliter les négociations et à contribuer à l'élaboration d'une solution viable. Son assistance va de l'encouragement du dialogue entre les parties à la présentation d'une proposition concrète de règlement et des moyens de la mettre œuvre[1065]. L'Acte Uniforme de l'OHADA sur la médiation en donne une définition exhaustive. Aux termes de l'article 1er de cet instrument juridique, la médiation est un processus consensuel par lequel *« les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord (ci-après « différend ») découlant d'un rapport juridique, contractuel, ou autre lié à un tel rapport, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des États* »[1066].

La médiation investisseur-État[1067] est assurément l'un des plus importants modes de règlement amiable auxquels la nouvelle génération d'accords régionaux africains renvoie les

---

**1063** JACQUINOT (N.), « La médiation et la conciliation en droit public », *in* FAUVARQUE-COSSON (B.), WALD (A.), (dir.*), L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI è siècle. Aspects de droit comparé,* Société de législation comparée, 2008, p. 135.

**1064** GOUAMBE (S.), « La liberté des parties dans le droit de la médiation OHADA », *Recueil Penant,* Avril-juin 2021, pp. 155-157.

**1065** CNUCED, *Différends entre investisseurs et État : Prévention et mode de règlement des différends autres que l'arbitrage*, Publications des Nations Unies, New York - Genève, 2010, p. xix.

**1066** Article 1 (a) de l'Acte uniforme OHADA relatif à la médiation du 23 novembre 2017, disponible sur http://www.droit-afrique.com/uploads/OHADA-Acte-Uniforme-2017-mediation.pdf, consulté le 18 décembre 2021.

**1067** Pour approfondir la médiation en matière d'investissement, voir CIRDI, *Background Paper of Investment Mediation,* July 2021, 15 p., disponible sur https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Background_Paper_on_Investment_Mediation.pdf (consulté le 16 décembre 2021). Pour une analyse prospective de la médiation à l'échelle internationale, voir KESSEDJIAN (C.) et al., « Mediation in Future of Investor-State Dispute Settlement », *Academic Forum on ISDS Concept Paper 2020/16*, March 2020, 20 p, disponible sur

parties à un litige relatif à l'investissement. Le Modèle de traité d'investissement de la CAE prévoit qu'à la survenance d'un différend entre un investisseur et un État d'accueil, ceux-ci devraient préalablement chercher à régler le différend par des voies amiables, *« which may include the use of non-binding, third-party mediation or other mechanisms »*[1068]. Il s'agit en réalité d'une exigence de négociation entre les parties à un différend d'investissement qui peut nécessiter l'appui d'un tiers neutre. Ici, la médiation n'est que le prolongement de la négociation, lorsque celle-ci n'a pas pu déboucher sur une solution acceptée de tous. Elle est, dans ces circonstances, une négociation assistée. Le médiateur interviendrait donc comme un facilitateur[1069]. La *SADC Model BIT* et l'Accord révisé du COMESA l'expriment mieux en énonçant qu'en cas d'échec des efforts des parties de résoudre leur litige à l'amiable, *« the disputing parties shall seek the assistance of a mediator to resolve disputes during the cooling-off period […] »*[1070].

Il n'est pas rare que des obstacles subsistent pendant que les parties tentent de régler leur différend par voie de négociations directes. Pour éviter que les blocages qui s'y invitent n'obligent les parties à recourir à l'arbitrage, cet accord a intégré ce mode alternatif de règlement des différends. Un accent particulier a été mis sur le règlement amiable des différends dans la version récente du Modèle de TBI de la SADC et dans l'Accord révisé du COMESA. Cette démarche peut se révéler bénéfique, car, pendant la période de réflexion accordée aux parties, un compromis pourrait être trouvé pour désamorcer le conflit. Les rédacteurs de l'ECOWIC n'omettent pas d'incorporer le recours à la médiation[1071], même s'ils se sont montrés plus souples que leurs homologues du COMESA et de la SADC.

Après analyse de l'impact de l'arbitrage investisseur-État sur les États africains, l'on peut oser affirmer que la médiation est un mécanisme adapté à la résolution des différends les impliquant. La médiation obéit à des logiques différentes à celles de l'arbitrage et paraît plus efficace, en ce qu'elle suppose une grande liberté des parties au litige. Elle aboutit à un accord dont l'exécution est laissée à l'entière discrétion des parties qui l'ont trouvé, alors

www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/2020/isds-af-mediation-paper-16-march-2020.pdf, consulté le 15 décembre 2021.

**1068** Cf. Article 23 § 1 du Modèle de traité d'investissement de la CAE.

**1069** Le CIRDI qualifie la médiation investisseur-État de *« facilitated negotiation »* ou de *« facilitated dialogue »,* voir CIRDI, *Background Paper on Investment Mediation, op. cit.,* p. 1.

**1070** Article 32 § 4 du Modèle de TBI de la SADC, Article 34 § 4 de l'Accord révisé du COMESA.

**1071** Cf. Article 54 § 1 de l'ECOWIC. L'Acte additionnel de 2008 est largement plus détaillé que l'ECOWIC en ce qui concerne le recours à la médiation par les parties à un litige. Cf. Article 33 de l'Acte additionnel de la CEDEAO portant sur les investissements.

que l'arbitrage se solde par un titre exécutoire sous la forme d'une sentence arbitrale qui ne garantit pas une satisfaction de toutes les parties[1072].

La médiation est un mécanisme juridique capable d'affranchir les acteurs d'un système binaire, celui du duel judiciaire ou arbitral entre un vainqueur et un vaincu, pour un système de duo où il n'y a ni perdant, ni gagnant. N'ayant pas vocation à rechercher quelle partie a raison ou tort, mais plutôt à déboucher sur un règlement consensuel, elle a le mérite de satisfaire l'une et l'autre partie[1073]. Un autre atout précieux de la médiation réside dans le fait qu'à son terme, pour avoir trouvé une solution négociée, les protagonistes préservent leurs relations d'affaires. Ce qui n'est pas fréquent dans l'arbitrage. Davantage que les arbitres, les médiateurs s'emploient à aider les parties à parvenir à un dénouement, tout en maintenant une relation non acrimonieuse entre l'investisseur et l'État hôte[1074].

Un auteur résume admirablement les nombreux atouts de ce mécanisme en termes : *« La médiation pourrait être efficiente dans la mesure où elle permet d'instaurer un climat de confiance entre l'investisseur et l'État hôte de l'investissement en privilégiant la continuité des investissements, la coopération et les concessions réciproques […]. Aussi, face aux coûts exorbitants et les délais de plus en plus longs de l'arbitrage, la médiation se présente comme une alternative efficace, rapide et moins coûteuse. De plus, la flexibilité des procédures de médiation représente un intérêt central, puisque ce mécanisme laisse au médiateur et aux parties, une grande marge de liberté en termes de conduite et du déroulement de la procédure »*[1075].

S'il est vrai que la médiation *lato sensu* s'est longtemps enracinée dans la tradition juridique africaine[1076], la médiation investisseur-État se trouve encore à la phase initiale de son développement en Afrique[1077]. L'introduction de ce mode de règlement des différends

---

[1072] CHAZAI (A.), « Focus sur la médiation : L'innovation marquante du droit OHADA en matière de règlement amiable des différends », 19 mars 2018, p. 2, disponible sur https://www.chazai-partners.com/actualites/focus-sur-la-mediation-linnovation-marquante-du-droit-ohada/, consulté le 17 décembre 2021.

[1073] GOUAMBE (S.), « La liberté des parties dans le droit de la médiation OHADA », *op.cit.,* p. 302.

[1074] CNUCED, *Différends entre investisseurs et État : Prévention et mode de règlement des différends autres que l'arbitrage, op. cit.,* p.

[1075] HIJRI (A.), « La médiation, un mécanisme alternatif pour le règlement des différends investisseurs-États en Afrique ? », *Revue de droit des affaires internationales,* 2022, p. 366.

[1076]Voir KOÏTA (Y-S.), « La médiation ou le bélivet du droit OHADA », p. 3, disponible sur https://www.ohada.com/uploads/actualite/4960/la-mediation-ou-le-blivet-du-droit-ohada.pdf, consulté le 15 décembre 2021.

[1077] SABET (J.), « Investor-State Arbitration Meets Mediation : Is Mediation the Future of Investor-State Dispute Settlement in Africa ? », p. 4, disponible sur http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/10/02/investor-state-arbitration-meets-mediation-is-mediation-the-future-of-investor-state-dispute-settle, consulté le 15 décembre 2021.

dans les accords régionaux d'investissements en est une étape décisive. À l'observation de l'évolution de la médiation, John Sabet s'est, à bon droit, demandé si ce mode de règlement des différends ne constitue pas le futur du règlement des différends entre investisseurs et États en Afrique [1078]. Il pourrait prendre l'ascendant sur l'arbitrage international dans les années à venir. La conciliation, en revanche, ne fascine pas autant les CER africaines malgré son existence dans certains textes régionaux d'investissement.

## *2. La conciliation, un mécanisme également exploitable*

La conciliation et la médiation entretiennent des rapports parfois inextricables[1079]. Il s'agit de deux modes alternatifs de règlement des différends qui frappent par leur ressemblance, mais qui se distinguent l'un de l'autre. À la différence de la médiation, la conciliation est relativement formelle et plus structurée. Elle est une procédure qui suppose l'intervention d'un tiers, un conciliateur ou un groupe de conciliateurs, dans un différend entre l'investisseur et l'État dans le but premier de les encourager à aboutir à une solution à l'amiable[1080].

La conciliation passe par la constitution d'un organe collégial dont les membres sont généralement désignés par les parties au litige. Elle se déroule suivant une procédure contradictoire proche de celle suivie devant les organes juridictionnels et donne lieu à un rapport dans lequel la commission de conciliation formule des recommandations à l'adresse des parties pour régler leur différend. La distinction entre la médiation et la conciliation se fonde habituellement sur le degré d'implication du tiers intervenant dans le processus. Le conciliateur semble y être plus actif que le médiateur[1081]. De nos jours, la conciliation demeure très peu utilisée[1082].

Contrairement à ce que l'on pouvait penser, la voie de la conciliation a été empruntée à plus d'occasions que celle de la médiation par les États africains dans la résolution des différends devant le CIRDI. Marc-Andrée Ngwee et Marion Deligny Marchair ont démontré

---

**1078** *Ibidem*, p. 1.

**1079** KOÏTA (Y-S.), « La médiation ou le bélivet du droit OHADA », *op. cit*., pp. 5-6.

**1080** CNUCED, *Différends entre investisseurs et État : Prévention et mode de règlement des différends autres que l'arbitrage, op. cit.,* p. xiii.

**1081** Le rôle du médiateur se limite généralement à l'assistance des parties afin que celles-ci parviennent à un accord, alors que le conciliateur peut proposer lui-même un accord. Toutefois, il ne s'agit pas là d'une distinction qui fait l'unanimité dans la doctrine. En effet, aucun accord n'interdit au médiateur de proposer une solution aux parties. A l'inverse, le conciliateur peut se contenter rapprocher les parties sans leur proposer un accord. Voir HIJRI (A.), « La médiation, un mécanisme alternatif pour le règlement des différends investisseurs-États en Afrique ? », *op. cit.,* p. 364.

**1082** DUPUY (P-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public, op. cit*., p. 641.

que la conciliation est l'un des modes de règlement des différends préféré par les États africains au CIRDI. Le taux d'affaires en cours d'arbitrage réglées à l'amiable est plus élevé lorsqu'un État africain est impliqué. Plus exactement, en ce qui concerne la conciliation, sur onze (11) demandes enregistrées par le CIRDI jusqu'en 2019, neuf (9) ont impliqué les États africains[1083]. D'ailleurs, la seule procédure de conciliation CIRDI initiée par un État d'accueil, depuis lors, est issue du continent africain. Il s'agit de la demande de conciliation formulée par la Guinée équatoriale en 2012 aux fins de règlement du différend qui l'opposait à *CMS Energy Corporation*[1084]. On en déduit que l'Afrique est une grande utilisatrice de ce mécanisme de règlement des différends d'investissement.

Curieusement, ce goût affirmé pour la conciliation n'a pas été transposé dans tous les nouveaux accords régionaux d'investissement. De tous les textes régionaux analysés, seul l'ECOWIC fait expressément référence à la conciliation. Ce mode alternatif de règlement des différends entre investisseurs et États est envisagé à l'article 54 § 1 qui énonce que *« tout différend entre un État membre et un investisseur ou entre des investisseurs peut être résolu au moyen de consultations, de bons offices, de médiation, de* ***conciliation****, d'arbitrage ou de tout mécanisme convenu pour le règlement des différends ».* Les autres instruments juridiques régionaux, notamment le modèle de TBI de la SADC, le Modèle de traité d'investissement de la CAE et l'Accord révisé du COMESA préconisent le recours au règlement amiable avec une mention de la médiation et une omission de la conciliation. Si leurs rédacteurs s'étaient limités au terme « règlement amiable », l'on aurait interprété que toutes les voies amiables, y compris la conciliation, étaient envisageables pour résoudre un litige. Le mutisme gardé sur la conciliation dans ces textes n'est pas anodin. Il suppose une préférence exprimée pour la médiation qui, du point de vue procédural, paraît plus commode.

L'on pourrait considérer qu'il s'agit d'une exclusion volontaire de la conciliation ; une décision qui serait due aux traits qu'elle partage avec l'arbitrage international, et qui lui ont valu le vocable d'« arbitrage non contraignant ». On le sait, le spectre de l'arbitrage d'investissement hante les États africains à un degré qu'ils s'emploient à abaisser. Il est

---

**1083** NGWE (M-A), MALCHAIR (M. D.), « La propension des États africains à résoudre leurs litiges d'investissement à l'amiable », *ICSID Review,* Vol. 34, N° 2, 2019, p. 389. Sébastien Manciaux ajoute que *« Si les procédures de conciliation sont infiniment peu utilisées par rapport aux procédures d'arbitrage dans le cadre du CIRDI (13 procédures de conciliation contre 825 procédures d'arbitrage enregistrées au 30 juin 2021 par le CIRDI) comme ailleurs, les États africains en sont les utilisateurs puisqu'ils les ont utilisées à 10 reprises de 1982 à 2020 »*. MANCIAUX (S.), « Les mécanismes de règlement des différends interafricains », *Revue de droit des affaires internationales*, N° 3-4, 2022, p. 403.

**1084** CIRDI, *Republic of Guinea Equatorial v. CMS Energy Corporation and others, Affaire* N°CONC(AF)12/2, June 29, 2012.

souvent reproché à la conciliation son formalisme. Tout comme dans une procédure arbitrale, la conciliation implique la pratique des mémoires, des audiences, des auditions d'experts et de témoins etc. Elle tend à camper les parties dans un positionnement juridique. Au lieu d'être un outil de facilitation des négociations, elle se mue en un instrument d'évaluation des actes des parties. Tout l'inverse de ce que souhaiteraient ces dernières[1085]. Ces différents facteurs expliqueraient le peu d'intérêt affiché pour la conciliation dans la nouvelle génération d'accords régionaux d'investissement.

En somme, le penchant des États africains pour le règlement amiable des différends entre investisseurs et États est sensible. On conviendra avec le professeur Ali Bencheneb que *« l'arbitrage n'est donc pas la solution miracle pour le règlement des litiges internationaux, même si les mécanismes qu'il offre sont de plus en plus sophistiqués et, lorsqu'ils sont maîtrisés, constituent globalement la moins mauvaise des solutions pour le contentieux des affaires internationales au regard des risques toujours existant de chauvinisme de l'ensemble des juridictions nationales »*[1086]. Le vieux dicton selon lequel *« un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès est toujours d'actualité »*[1087].

Le changement le plus remarquable intervenu dans la réforme des mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements est, en revanche, le retour des CER africaines au mécanisme de règlement interétatique des différends.

## § 2. La « réémergence » du mécanisme de règlement interétatique des différends

Le mécanisme de règlement des différends entre États est très ancien. Il s'était imposé dans les traités d'amitié, de commerce et de navigation (ACN), ainsi que dans quelques traités d'investissement avant de s'éclipser au profit du mécanisme de RDIE avec la multiplication exponentielle des affaires d'arbitrage entre investisseurs et États[1088]. Peu développé, le mécanisme de règlement d'État à État va revivre une seconde vie dans les

---

**1085** NGWE (M-A), MALCHAIR (M. D.), « La propension des États africains à résoudre leurs litiges d'investissement à l'amiable », *op. cit.,* p. 407.

**1086** BENCHENEB (A.), « La conciliation et la médiation en droit des affaires internationales », pp. 303-304, disponible sur https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/18/25/1/94248, consulté le 20 décembre 2021.

**1087** *Idem.*

**1088** Le mécanisme de règlement des différends entre États est bien antérieur au système de RDIE. Le premier traité d'investissement à intégrer une clause de RDIE était le TBI Italie-Tchad signé en 1969. L'arbitrage investisseur-État a pris son envol à la suite de la reconnaissance par un tribunal arbitral de sa compétence juridictionnelle en vertu d'une telle clause en 1990. Voir BERNASCONI-OSTERWALDER (N.), *Le mécanisme de règlement des différends entre États dans les traités d'investissement,* Série Bonnes Pratiques de l'IISD, octobre 2014, p. 1.

accords régionaux africains d'investissement, en raison des contestations de l'arbitrage investisseur-État. Ce mécanisme, dont les effets peuvent être ambivalents **(B),** est ouvert aux États à un double titre **(A).**

## A. La dualité du recours au mécanisme

Les nouveaux instruments juridiques d'investissement adoptés par les CER africaines incluent une clause de règlement des différends entre les parties à l'accord. En effet, ce mode de règlement des différends représente le droit de saisine directe dont jouissent les États parties à un accord **(1).** Les accords régionaux africains prévoient également la possibilité pour les États d'origine de recourir au contentieux interétatique au nom de leurs investisseurs en vue d'obtenir la réparation des dommages subis par ces derniers dans leurs activités sur le territoire d'un État hôte **(2).**

### *1. Le recours direct au contentieux interétatique par les États parties à un accord*

Le contentieux interétatique se caractérise par une prépondérance des États dans le règlement des différends en matière d'investissement. Dans le présent contexte, cette prépondérance est d'autant plus affirmée qu'ils prennent l'initiative de recours en leur propre nom et intérêt. Le recours formulé est la résultante d'un différend né exclusivement entre les États parties à un accord d'investissement. Il se rapporte à l'interprétation et/ou à l'application de l'accord. Ainsi, les malentendus entre États parties dans la détermination ou la compréhension des dispositions particulières de l'accord dans des situations concrètes ou proposées peuvent engendrer un contentieux interétatique.

Tous les textes régionaux d'investissement étudiés permettent aux États parties d'introduire une demande directe de règlement interétatique d'un différend se rapportant à leur interprétation ou application. L'arbitrage interétatique est clairement prévu. Il a été inscrit dans le Modèle de TBI de la SADC que *« a State Party may submit a claim to arbitration […] for a matter concerning the interpretation or application of a provision of this Agreement in which it is in dispute with other State Party »*[1089].

Notons toutefois que, même dans le cadre du mécanisme de règlement des différends entre États, les CER africaines sont déterminées à restreindre l'accès à l'arbitrage. Leurs nouveaux textes n'épargnent pas les États parties de l'exigence de recourir préalablement

[1089] Cf. Article 34 § 2 (b) du Modèle de TBI de la SADC.

aux voies amiables pour trouver une solution à leur litige. Tout différend entre États parties à un accord d'investissement doit, dans la mesure du possible, être résolu au moyen de négociations, de consultations, de bons offices, de médiation, de conciliation et tout autre mécanisme convenu[1090].

Une précision mérite d'être apportée : c'est la non-conformité des actions ou des mesures prises ou proposées par les États aux termes, au but et à l'objet d'un accord d'investissement auquel ils sont parties qui donne lieu à ce mode de règlement des différends. L'application implique nécessairement l'interprétation des dispositions de l'accord en question, et pourrait intervenir dans l'interprétation. Ces deux termes – application et interprétation - sont capables de couvrir tous les différends entre États relatifs à l'interprétation d'une disposition générale ou à son interprétation dans un cas précis. Ils soulèvent également la question de savoir si un acte pris par un État partie constitue une violation de l'accord d'investissement[1091].

Au même titre que les investisseurs dans le système de RDIE révisé par les CER africaines, les États parties sont privés d'un accès direct à l'arbitrage. L'initiation de la procédure arbitrale n'est possible qu'en cas d'échec des autres modes alternatifs de règlement des différends. Comme l'indique l'Accord révisé du COMESA*, « any dispute between Member States as to the interpretation or application of this Agreement* ***not satisfactorily settled through amicable means*** *in the cooling-off period may be referred for decision to the COMESA Court of Justice sitting as a court of arbitration »*[1092].

Il est indispensable que l'objet de l'arbitrage interétatique en matière d'interprétation ou d'application d'un accord soit un différend entre les États parties à l'accord d'investissement. Conséquemment, l'État partie désireux de recourir à l'arbitrage interétatique doit pouvoir démontrer l'existence d'un différend. Le silence de l'une des parties à la suite d'une demande en interprétation est suffisant pour établir la naissance d'un différend[1093]. Si les CER africaines ont choisi d'intégrer le contentieux interétatique dans leurs textes d'investissement

**1090** Cf. Article 53 § 1 de l'ECOWIC, Article 22 § 1 du Modèle de traité d'investissement de la CAE.
**1091** UNCTAD, *Dispute Settlement : State-State*, UNCTAD Series on International Investment Agreement, New-York – Geneva, 2003, p. 14.
**1092** Cf. Article 35 § 1 de l'Accord révisé du COMESA.
**1093** TREVINO (C. J.), « State-to-State Investment Treaty Arbitration and the Interplay with Investor-State Arbitration Under the Same Treaty », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 5, 2014, p. 201.

alors qu'il est très peu utilisé[1094], c'est bien parce qu'elles sont convaincues des atouts que présente ce mode de règlement des différends entre États.

L'introduction d'une demande directe relative à un différend relevant de l'interprétation ou de l'application d'un accord d'investissement par un autre État partie pourrait avoir une fonction réglementaire et explicative : les décisions rendues auront pour avantage d'élucider une ou des dispositions de l'accord d'investissement en cas d'incertitude des États parties quant à la définition et la portée de leurs droits et obligations l'un vis-à-vis de l'autre, ainsi qu'à l'égard des investisseurs[1095]. En guise d'illustration d'une demande en interprétation, citons le Pérou qui avait initié une procédure d'arbitrage d'État à État contre le Chili en 2003 dans le but d'obtenir une interprétation de la disposition contestée dans le TBI Chili-Pérou[1096]. L'on évoquera également l'affaire *Équateur c. États-Unis* dans laquelle la République d'Équateur avait introduit une demande d'arbitrage interétatique contre les États-Unis concernant l'interprétation et l'application de l'article 7 (II) du TBI conclu par ces deux États[1097]. Pour défendre les intérêts de leurs ressortissants dans le cadre de ce mode de règlement des différends, les États peuvent être sollicités.

### *2. Le recours au contentieux interétatique au nom d'un investisseur*

Le mécanisme du règlement des différends entre États envisagé par les accords régionaux africains d'investissement suppose la possibilité pour les États parties à un accord de faire des réclamations arbitrales au nom des investisseurs opérant dans un État hôte. Ce recours indirect au règlement des différends entre États a pour objet la réparation et le paiement des dommages-intérêts à l'investisseur ressortissant de l'État demandeur. Les accords régionaux africains les plus révélateurs des évolutions des CER africaines à ce propos sont les modèles de traité d'investissement élaborés par la SADC et la CAE[1098].

---

**1094** CAZALA (J.), « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *op. cit.,* p. 86.

**1095** BERNASCONI-OSTERWALDER (N.), *Le mécanisme de règlement des différends entre États dans les traités d'investissement, op. cit.,* p. 11.

**1096** L'arbitrage interétatique entre le Pérou et le Chili a été introduit en 2003. Dans cette affaire, le Pérou cherchait à obtenir la clarification d'une disposition qui était au cœur d'un différend investisseur-État. Voir *Luccheti c. Pérou*. Voir CIRDI, *Empresas Luccheti, SA et Luccheti Perou c. République du Pérou*, ARB/03/4, sentence du 7 février 2005.

**1097** CPA, République d'Equateur c. États-Unis, Requête de la République d'Equateur, 28 juin 2011. En 2011, l'Équateur a introduit une demande en interprétation contre les États-Unis pour déclarer son désaccord avec l'interprétation de l'article 7 (II) du TBI faite par le tribunal arbitral dans le règlement du différend investisseur-État *Chevron c. Equateur.* Voir CPA, *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company c. République d'Equateur, affaire n°34877, sentence partielle sur le fond,* 30 mars 2010.

**1098** L'Accord révisé du COMESA semble ignorer le deuxième rôle du règlement interétatique qui consiste pour l'État d'origine de défendre les intérêts de ses ressortissants par l'arbitrage. Dans cet accord, il n'apparaît

Le Modèle de TBI de la SADC énonce qu'un État a la faculté d'initier une procédure d'arbitrage interétatique *« seeking damages for an alleged breach of this Agreement on behalf of an investor or investment »*[1099]. Dans les commentaires des rédacteurs du Modèle de traité d'investissement de la CAE, on peut lire que *« States have, under customary international law, a right to make claims for damages suffered by their citizens or businesses due to breaches of international law by a State »*[1100]. Ce recours au règlement interétatique des différends que les États d'origine sont habilités à exercer en faveur de leurs citoyens relève du droit international coutumier. Il s'agit en réalité d'un retour au vieux mécanisme de protection diplomatique[1101]. Cette demande que les États sont libres d'exercer, et leurs ressortissants, autorisés à réclamer consécutivement à l'affaire *Mavrommatis*[1102] - a repris ses droits dans les accords d'investissement[1103]. En témoigne l'affaire *Italie c. Cuba* de 2003[1104].

L'action en protection diplomatique de l'État d'origine ne peut être enclenchée qu'à condition que l'investisseur dispose de la nationalité de cet État et qu'il ait épuisé les voies de recours internes en vue du règlement du différend qui l'oppose à l'État hôte. La condition

---

que la possibilité pour l'État d'accueil d'introduire une demande en interprétation de l'Accord. Lire Article 35 § 1 de l'Accord révisé du COMESA. Le même constat est valable pour l'ECOWIC qui se borne à énoncer que *« lorsque les États membres ne sont pas en mesure de résoudre* ***un différend relatif à l'interprétation et à l'application*** *du présent Code par l'une des méthodes précédentes, ils peuvent saisir la Cour de justice de la CEDEAO dont la décision est définitive ».* Lire Article 53 § 4 de l'ECOWIC. Les méthodes précédentes en question sont les modes alternatifs de règlement des différends, mais cette fois-ci dans le cadre interétatique.

**1099** Article 34 § 2 (a) du modèle de TBI de la SADC.

**1100** Commentaire de l'article 22 § 3 du Modèle de traité d'investissement de la CAE.

**1101** Selon la Commission du droit international des Nations Unies, la protection diplomatique consiste en *« l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité »,* Article premier du Projet d'articles sur la protection diplomatique de 2006. Texte disponible sur https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/9_8_2006.pdf, consulté le 24 décembre 2021.

**1102** La Cour Permanente de Justice Internationale avait jugé dans l'Affaire *Mavrommatis* que *« En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international […] ».* Voir CPJI, *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, Arrêt du 30 août 1924, (Exception d'incompétence de la Cour), (Série A N° 2), p. 12, disponible sur https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf, consulté le 25 décembre 2021.

**1103** Aujourd'hui, la demande de protection diplomatique va bien au-delà du contexte du droit international général et continue à être admise, tel que le prouve certaines affaires relativement récentes. Voir par exemple CIJ, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République démocratique de Guinée c. République démocratique du Congo),* Arrêt du 19 juin 2012, disponible sur https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/103/103-20120619-JUD-01-00-FR.pdf, consulté le 25 décembre 2021.

**1104** Arbitrage ad hoc interétatique, *République d'Italie c. République de Cuba*, sentence préliminaire, 15 mars 2003, disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0434_0.pdf, consulté le 26 décembre 2021.

de la nationalité oblige l'État à prendre fait et cause exclusivement pour son ressortissant dont les droits ont été lésés dans un autre État en violation d'un accord[1105]. Dans ce mécanisme, la condition de l'investisseur sera tributaire de la volonté de son État de nationalité pour qu'une procédure arbitrale soit initiée. En cas d'arbitrage, l'investisseur, n'étant pas partie au différend, n'aurait qu'un rôle secondaire à jouer. Il s'efface au profit de son État d'origine qui fixe ainsi ses limites[1106].

En vertu du principe de l'épuisement des voies de recours internes, la CIJ, dans l'affaire *Interhandel (Suisse c. États-Unis d'Amérique),* a permis que *« l'État où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne »*[1107]. Le Modèle de traité d'investissement de la CAE requiert des investisseurs de remplir cette condition[1108]. Le Modèle de TBI de la SADC aussi envisage que *« A State Party may not submit a claim to arbitration seeking damages […] unless the investor or investment, as appropriate, has first submitted a claim before domestic courts of the Host State for the purpose of pursuing local remedies, after exhaustion of any administrative remedies […] and a resolution has not been reached within reasonable period of time from its submission to a local court of the Host State »*[1109]. Ce document relève également que l'État ne peut avoir accès à l'arbitrage interétatique que lorsqu'il parvient à convaincre le tribunal spécialement établi de l'inexistence de voies de recours internes pouvant résoudre le litige ou à démontrer leur incapacité à fournir une solution dans un délai raisonnable[1110].

Le retour des CER africaines au règlement interétatique des différends relatifs aux investissements reflète un changement de tendance dans le contentieux international des investissements sur le continent. L'objectif est de réduire la toute-puissance des investisseurs devant les tribunaux arbitraux et de donner des armes égales aux parties au litige. Dans le souci de préserver le droit de réglementation des États d'accueil contre les conséquences

---

**1105**CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd*, Arrêt du 5 février 1970, p. 100, disponible sur https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/5388.pdf, consulté le 24 décembre 2021. Voir généralement, STERN (B.), « La protection diplomatique des investissements internationaux. De *Barcelona Traction* à *Elettronica Sicula* ou glissements progressifs de l'analyse », *Journal du Droit International,* Vol. 117, N°4, 1990, pp. 897-948.

**1106** CAZALA (J.), « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *op. cit.,* p. 87.

**1107** CIJ, *Affaire de Interhandel (Suisse c. États-Unis d'Amérique),* Exceptions préliminaires, Arrêt du 21 mars 2021, p. 27, disponible sur https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/34/034-19590321-JUD-01-00-FR.pdf, consulté le 24 décembre 2021.

**1108** Commentaire de l'article 22 § 4 du Modèle de traité d'investissement de la CAE.

**1109** Article 34 § 3 (a) du Modèle de TBI de la SADC.

**1110** Cf. Article 34 § 3 (b) du Modèle de TBI de la SADC.

indésirables du mécanisme de RDIE, le contentieux interétatique semble utile aux États africains. Toutefois, il serait hasardeux de trancher en sa faveur.

## B. L'ambivalence des effets du mécanisme

L'inégalité des intérêts entre les investisseurs et les États hôtes dans l'arbitrage d'investissement a conduit les CER africaines à repenser les modes de règlement des différends. L'inclusion du contentieux interétatique dans leurs nouveaux accords d'investissement est conçue comme une réponse aux nombreuses inquiétudes soulevées par l'arbitrage investisseur-État. Ce mode de règlement des différends procure indubitablement plusieurs avantages à leurs États membres **(1).** Cependant, il comporte des risques susceptibles d'affecter son efficacité **(2).**

### *1. Les atouts associés au mécanisme*

On ne peut le réfuter, le mécanisme de RDIE instaure un certain déséquilibre entre les parties à un différend relatif aux investissements. La jurisprudence arbitrale investisseur-État démontre que, pour réclamer une réparation ou des dommages et intérêts, les investisseurs franchissent certaines limites que les États d'accueil ne songeraient dépasser, même pour défendre leurs mesures légitimes de politiques publiques souffrant de contestation[1111]. Ainsi, la certitude que les États ont la possibilité d'introduire des réclamations sur le fondement des traités d'investissement dénote la pertinence de l'incorporation du contentieux interétatique dans les accords régionaux africains d'investissement. Le mécanisme de règlement de différend d'État à État est à même de constituer un remède au profond déficit de confiance et de légitimité dont souffre l'arbitrage investisseur-État. Le recours à l'arbitrage ne sera plus l'apanage des investisseurs. Les États aussi auront le droit d'y recourir en leur nom propre ou au nom, et dans l'intérêt de leurs ressortissants effectuant des opérations d'investissement à l'étranger.

La mise en avant du mécanisme de règlement des différends entre États dans les accords régionaux d'investissement s'apparente à une revanche des États africains qui ont toujours déploré le manque de transparence dans le traitement de leurs dossiers dans les tribunaux arbitraux. Mettant aux prises des parties qui, en principe, sont dotées d'une personnalité juridique identique, le règlement des différends d'État à État garantirait plus d'équilibre. Les

**1111** BERNASCONI-OSTERWALDER (N.), *Le mécanisme de règlement des différends entre États dans les traités d'investissement, op. cit.,* p. 20.

parties au litige étant tous des États, l'on pourrait espérer des discussions menées sur une base égalitaire et des décisions équitables.

Le retour des CER africaines à la figure étatique dans le règlement des différends relatifs aux investissements revêt un intérêt capital pour leurs États. De l'avis d'Anthea Roberts, *« [t]he re-emergence of state-to-state arbitration represents an important step toward a new third era of the investment treaty system in which the rights and claims of both investors and treaty parties are recognized and valued, rather than one being reflexively privileged over the other arbitration »*[1112]. L'arbitrage interétatique semble moins perméable aux privilèges dont peut bénéficier l'investisseur au détriment de l'État d'accueil. Du point de vue de l'ambition de développement durable nourrie par les États africains, ce mécanisme pourrait se révéler avantageux.

En effet, dans leur interprétation des dispositions des traités d'investissement dans le cadre de l'arbitrage investisseur-État, les tribunaux sont essentiellement guidés par le contenu du traité et non par les préoccupations de développement[1113]. Or, une demande en interprétation d'une disposition d'un accord d'investissement introduite par un État hôte favorise une meilleure compréhension de ses préoccupations, notamment son droit de réglementation dans l'intérêt public et les obligations qu'il fait peser sur les investisseurs originaires de l'État défendeur.

Le contentieux interétatique est donc en mesure de garantir une meilleure considération des priorités des États hôtes, telles que la protection de l'environnement, le respect des droits de l'homme et des droits des travailleurs, le bien-être des populations, etc. Un autre atout de ce mécanisme serait la facilitation du contrôle de la politique d'investissement et de la résolution des différends par les organes politiques et judiciaires de l'État hôte. Par ailleurs, les négociations et les consultations dans le processus de règlement des litiges entre États pourraient contribuer au renforcement de l'État de droit et de la bonne gouvernance dans l'État d'accueil[1114].

---

[1112] ROBERTS (A.), « State-to-State Investment Treaty Arbitration : A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority », *Harvard Journal of International Law*, Vol. 55, N° 1, 2014, p. 5.

[1113] Ewelekwa Ofodile affirmait que *« in their interprÉtation of provisions of BITs, tribunals are guided primarly by treaty text and not by development concerns ».* Voir EWELEKWA OFODILE (U.), « African States, Investor-State Arbitration and the ICSID Dispute Resolution System : Continuities, Changes and Challenges », *op. cit.,* p. 330.

[1114] JOHNSON (L.) et al., « Alternatives to Investor-State Dispute Settlement », *CCSI Working Paper*, 2019, p. 9, disponible sur https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1152&context=sustainable_investment_staffpubs, consulté le 25 décembre 2021.

Le mode de règlement des différends entre États profitera éventuellement aux États et aux investisseurs. Son incorporation dans les instruments régionaux africains d'investissement n'est nullement une régression dans le régime juridique des investissements. Au contraire, cette approche est progressiste, car elle concourt à la correction de l'asymétrie existant dans le régime international des investissements et à son façonnement en Afrique. *« Instead of being an illegimate or regressive development, the re-emergence of state-state arbitration represents a permissible and potentielly progressive mechanism by which treaty parties can re-engage with the the system in order to correct existant imbalances and shape its development from within »*[1115], ces par ces mots que le retour à l'arbitrage interétatique a été salué par Anthea Roberts. Mais il se peut que ce mode de règlement des différends soit contre-productif aux États africains, du fait de sa difficile malléabilité.

## *2. Les risques inhérents au mécanisme*

En dépit des avantages que présente le mécanisme de règlement interétatique des différends pour les États d'accueil des investissements, il recèle quelques inquiétudes que les CER africaines doivent pouvoir considérer. La réémergence de ce mécanisme est une évolution qui risque de léser les droits des investisseurs. Ce mode de règlement des différends est capable d'entraîner une « re-politisation » du règlement des différends relatifs aux investissements. Or, l'accomplissement majeur du mécanisme de RDIE est d'avoir éloigné les réclamations arbitrales des caprices des États au nom du principe « sacro-saint » de souveraineté[1116]. L'émergence et l'évolution spectaculaire du mécanisme de RDIE s'expliquent par l'objectif de dépolitisation du règlement des différends relatifs aux investissements.

Le but d'empêcher les États de jouer un rôle politique dans les différends relatifs aux différends d'investissement paraît difficile à concrétiser dans le cadre d'un contentieux interétatique. S'il est certain que les États d'accueil continuent à subir des pressions

---

**1115** Par-là, l'auteure voudrait assure que la réapparition de l'arbitrage entre États n'est pas une évolution illégitime ou régressive. Pour elle, ce mécanisme est admissible et potentiellement progressif, en ce que les parties à un traité peuvent se réengager dans le système afin de corriger les déséquilibres existants et de façonner son développement. Voir ROBERTS (A.), « State-to-State Investment Treaty Arbitration : A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority », *op. cit*., p. 5. En général, la procédure d'arbitrage d'un différend entre États relatif à l'investissement ne diffère que peu de la procédure d'arbitrage investisseur-État. Les deux suivent des règles structurées de manière comparable, souvent modelées sur les règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ; leurs tribunaux sont en grande partie composés d'arbitres issus du même cercle8 . En règle générale, les traités contiennent des règles détaillées sur la constitution d'un tribunal en cas de différends soumis à l'arbitrage.

**1116** ROBERTS (A.), « State-to-State Investment Treaty Arbitration : A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority », *op. cit*., p. 4.

politiques des États d'origine dans le contentieux investisseur-État[1117], le règlement interétatique est sans doute un cadre propice à ces manœuvres. La dépolitisation du règlement des différends étant, dans une certaine mesure, gage de transparence de la procédure, il appartiendra aux États membres des CER africaines de l'inscrire au cœur de leurs actions à l'heure de l'usage du contentieux interétatique.

À l'observation, le mécanisme de règlement des différends entre États est porteur des mêmes insuffisances que le système de RDIE vivement critiqué par les États africains. Sa procédure ne diffère que peu de celle de l'arbitrage investisseur-État. Au vu leurs similitudes[1118], ils suscitent plusieurs questions communes, notamment celles liées à la désignation des arbitres, le problème de la multiplication des mandats, le problème de la validité des décisions rendues et la prévisibilité du système en l'absence d'une procédure d'appel, etc. Les deux mécanismes respectent des règles structurées de manière comparable[1119]. Par conséquent, il serait imprudent, à défaut d'une pratique constante, de se livrer à un exercice de comparaison qui conclurait que le mécanisme interétatique plus efficace.

Que certaines CER africaines veuillent jouer la carte de la prudence en maintenant le mécanisme de RDIE à côté de celui opposant directement des États, n'est pas à exclure. À l'exception du Modèle de TBI de la SADC qui a ouvertement découragé la prévision du système de RDIE au profit du mécanisme de règlement des différends entre États – sans pour autant être catégorique - les autres accords régionaux étudiés font coexister les deux mécanismes. Ce faisant, ces instruments juridiques créent un régime dualiste de règlement des différends d'investissement, preuve que l'objectif de protection des investisseurs et de dépolitisation du RDIE est important, mais pas absolu. La coexistence de ces mécanismes met à nu la peine des tribunaux à établir un équilibre entre les intérêts des investisseurs et ceux des États hôtes.

C'est justement pour cette raison qu'un État qui choisit de prévoir concomitamment ces mécanismes devrait expliciter le rôle du règlement interétatique et ses corrélations avec le

---

**1117** Voir JOHNSON (L.) et al., « Alternatives to Investor-State Dispute Settlement », *op. cit.,* p. 10.

**1118** *« En général, la procédure d'arbitrage d'un différend entre États relatif à l'investissement ne diffère que peu de la procédure d'arbitrage investisseur-État. Les deux suivent des règles structurées de manière comparable, souvent modelées sur les règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ; leurs tribunaux sont en grande partie composés d'arbitres issus du même cercle. En règle générale, les traités contiennent des règles détaillées sur la constitution d'un tribunal en cas de différends soumis à l'arbitrage ».* Voir BERNASCONI-OSTERWALDER (N.), *Le mécanisme de règlement des différends entre États dans les traités d'investissement, op. cit.,* p. 3.

**1119** *Ibidem,* p. 20.

mécanisme de RDIE. L'ECOWIC ne répond aucunement à ces exigences. Si les autres textes sont assez intelligibles sur le mécanisme de règlement interétatique des différends, ils ont manqué d'élucider son rapport avec le mécanisme de RDIE, laissant ainsi le soin aux tribunaux de l'établir. Nonobstant la différence des parties et des mandats de ces deux mécanismes, on aperçoit une hybridité, voire un risque de chevauchement des mécanismes. La mise en garde de Trevino devrait être prise en considération par les CER africaines : *« The availability of investor–state and state-to-state arbitration under the same treaty, without any express provision coordinating these proceedings, opens the door to potential jurisdictional tensions between parallel or subsequent tribunals »*[1120].

Il serait souhaitable que les CER africaines consolident et clarifient le processus interétatique dans leurs nouveaux accords en précisant *« si et dans quelles situations la décision du tribunal interétatique devrait être obligatoire pour les tribunaux interétatiques ou investisseur-État suivants »*[1121]. Enfin, elles pourraient « *préciser comment des affaires entre États et investisseur-État parallèles pourraient être coordonnées, par exemple, s'il conviendrait de suspendre l'une d'elles dans certaines circonstances »*[1122]. L'inclusion du mécanisme de règlement des différends entre États dans les accords régionaux africains d'investissement ne constitue donc pas une panacée. La clé de son efficacité se trouve dans la façon dont elle sera mise en œuvre par les États d'accueil.

[1120] TREVINO (C. J.), « State-to-State Investment Treaty Arbitration and the Interplay with Investor-State Arbitration Under the Same Treaty », p. 123.
[1121] BERNASCONI-OSTERWALDER (N.), *Le mécanisme de règlement des différends entre États dans les traités d'investissement, op. cit.,* pp. 21-22.
[1122] *Idem.*

## Conclusion

Le règlement des différends relatifs aux investissements a fait l'objet d'une véritable modulation par les CER africaines dans leurs textes d'investissement. Autrefois auréolé d'une gloire sans précédent, le mécanisme de RDIE semble vivre ses heures les plus sombres sur le continent africain. L'arbitrage international qui en est l'incarnation se trouve malmené par des opinions publiques africaines réticentes au maintien de sa configuration traditionnelle[1123]. Dès lors, l'on assistera à une reformulation du mécanisme de RDIE caractérisée par une restriction de l'accès à l'arbitrage international et même à sa délocalisation par les CER africaines. Qui plus est, les rédacteurs des accords régionaux d'investissement ont procédé à la formulation de nouveaux mécanismes de règlement des différends, tels que le règlement amiable et le contentieux interétatique. En définitive, si États africains ont catalysé le système CIRDI et cristallisé la jurisprudence en matière d'investissement, ils se sont plus tard résolus à réadapter les mécanismes de règlement des différends à leur goût[1124] dans l'unique but de limiter le pouvoir des investisseurs.

[1123] GUYADER (H.), « L'arbitrage d'investissement international face aux craintes de la société civile », Dossier, *Revue Lamy Droit des affaires,* p. 23.

[1124]Makane Mbengue fournissait un résumé du développement du règlement des différends relatifs aux investissements sur le continent africain lorsqu'il disait de l'Afrique qu'elle est *à catalyser of ICSID system », « a crystallyser of investment jurisprudence »* et *« a customizer of ISDS ».* Voir MBENGUE (M. M.), « 'Somethin' ELSE' : African Discourses on ICSID and on the ISDS-An Introduction », ICSID Review, Vol. 34, N° 2, 2019, pp. 259-269.

# *Conclusion du Titre II*

L'équilibre des intérêts privés des investisseurs et l'intérêt général recherché par les États d'accueil est au cœur des réformes engagées par les CER africaines dans la réglementation des investissements. Les restrictions excessives aux prérogatives des États d'accueil dues au caractère unidirectionnel du régime international des investissements n'était rien d'autre qu'une approche pénalisante[1125]. L'absence d'obligations conventionnelles à la charge des investisseurs leur garantissait une protection exagérée. La réalisation des objectifs de développement durable des États d'accueil s'en trouverait conséquemment compromise. L'inclusion audacieuse des responsabilités d'ordre économique, politique et socio-environnemental à la charge des investisseurs constitue une solution adéquate apportée par les accords régionaux africains d'investissement à cette problématique.

Les CER africaines ont également essayé un rééquilibrage des rapports de force entre les parties aux différends relatifs aux investissements. Décrié comme favorable aux investisseurs au mépris des intérêts des États, notamment africains - dont les besoins en capitaux sont primordiaux, le mécanisme de RDIE a connu une profonde révision. Les CER africaines, en insérant d'autres modes de règlement des différends dans leurs accords d'investissement, ont entrepris un véritable exercice d'équilibriste. Cette réforme pourrait donner un nouveau souffle aux économies nationales des États d'accueil.

Le changement de paradigme dans la régulation des investissements dans le contexte des CER africaines est notable dans tous les détails des textes adoptés. Bien que la pratique ne soit pas encore riche d'illustrations, les récents textes régionaux d'investissement sont innovants et recèlent d'importantes répercussions, aussi bien dans le contexte des différentes CER qu'au sein de leurs États membres.

[1125] BISSALOUE (S.), « La protection des contrats d'investissements privés étrangers en Afrique », *Revue Lamy Droit des affaires*, N° 141, octobre 2018, p. 25.

# Conclusion de la Partie I.

L'inflation normative en matière d'investissement dans les CER est le premier pan du régionalisme africain en droit international des investissements. Que l'on soit dans le cadre de la SADC, du COMESA ou dans l'espace CEDEAO, les instruments juridiques relatifs aux investissements affichent une restriction des standards de traitement et de protection des investissements. Si les accords d'investissement adoptés par les États africains s'étaient étroitement inspirés des traités TBI traditionnels, la nouvelle architecture normative dressée par ces CER se veut plus originale, authentique et adaptée à leurs aspirations. Le caractère suranné des textes africains relatifs aux investissements imposait une cure de jouvence qui ne pouvait être opérée qu'en ayant un œil regardant sur les préoccupations contemporaines de ces organisations régionales d'intégration économique.

Le régime juridique des investissements se transforme dans les CER africaines au point de déboucher sur ce qu'il convient d'appeler une « exception africaine » en droit international des investissements. Le « baby-boom »[1126] observé dans la production de nouvelles règles relatives aux investissements confirme la volonté de ces organisations de remodeler les contours du régime international des investissements en vue de faire face à leurs défis liés au développement socio-économique.

Les innovations substantielles analysées, conjuguées avec les réformes des modes de résolution des différends, dénotent une réappropriation de la réglementation des investissements par les États africains par l'entremise des CER. Si l'on admet qu'à défaut d'une élaboration prudente et minutieuse, les accords internationaux d'investissement peuvent trahir leurs objectifs de développement durable, et opposer les intérêts économiques aux objectifs socio-environnementaux[1127], il est dès lors juste de reconnaître la modernité des récents accords régionaux africains. Modernes certes, mais ces accords, additionnés à ceux qui existaient déjà, ont brouillé l'environnement juridique africain relatif aux investissements. Les objections émises à leur encontre ont engendré des velléités de réglementation des investissements à l'échelle continentale.

[1126] MBENGUE (M. M.), « La loi des nations est-elle faite de fer ? Reconnaissance et décolonisation du droit international des investissements », *op. cit.,* p.115.

[1127] Voir GEHRING (M.), KENT (A.), « Sustainable Development and IIAs : From Objective to Practice », *in* DE MESTRAL (A.), LEVESQUE (C.) (ed.), *Improving International Investment Agreements,* London-New York, Routledge, 2013, pp. 286-287.

# PARTIE II.

# LA « CONTINENTALISATION » PROGRESSIVE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

*« Le développement économique a toujours été au cœur du régionalisme africain et l'intégration régionale fait partie des stratégies de développement de l'Afrique avant même les indépendances »*[1128]. Pour concrétiser cette ambition lointaine, mais encore d'actualité, nombre d'initiatives d'intégration régionale ont fleuri sur le continent africain. L'ouverture des marchés et le souci d'harmoniser les règles relatives au traitement des investissements au sein des CER en sont l'expression la plus évidente.

Cependant, autant les initiatives des CER en matière de réglementation des investissements sont innovantes, autant elles sont devenues encombrantes dans un réseau déjà saturé de traités d'investissement. Initialement conçus comme des outils d'harmonisation des règles et des politiques d'investissement des États membres, les textes régionaux d'investissement sont devenus porteurs de confusion. La « communautarisation » du droit international des investissements en Afrique a en effet laissé apparaître un enchevêtrement tel qu'on peut parfois conclure à un désordre.

Une rationalisation normative et institutionnelle s'est par conséquent imposée dans le régime juridique d'investissement des États africains. La multiplication des accords de libre-échange, le chevauchement des accords internationaux d'investissement, leur complexification et leur articulation hypothétique, sont à l'origine de la volonté de « continentalisation » du régime international des investissements en Afrique. Il faut entendre par là, un exercice d'intégration et d'adaptation des politiques et des réglementations d'investissement sur le continent, un processus visant à créer une harmonie entre États africains en la matière, dans le souci de favoriser la coopération et le développement commun.

Comme manifestation de cette nouvelle tendance, on assiste à une « panafricanisation » progressive des normes régissant les opérations d'investissement **(Titre I).** Grevée de lacunes liées à ses balbutiements, cette entreprise, pour être bénéfique aux États africains, devrait être poursuivie par une œuvre de renforcement de l'intégration continentale en la matière. **(Titre II).**

[1128] MBENGUE (M. M.), ILLY (O.), « Les interactions institutionnelles dans le régionalisme africain », *in* DOUMBE-BILLE (S.), *La régionalisation du droit international, op. cit.,* p. 306.

# *TITRE I.*

## *UNE « PANAFRICANISATION » NORMATIVE OBSERVABLE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT*

La fragmentation à outrance des textes d'investissement et l'enchevêtrement des arrangements commerciaux contenant des dispositions y afférentes forment ce qu'il est convenu d'appeler un *« spaghetti bowl »*[1129], un phénomène générant une complexité considérable dans leur maniement présent et à venir. De fait, la multiplicité des textes juridiques nationaux et régionaux d'investissement contradictoires sur certaines dispositions provoque l'illisibilité et l'inintelligibilité du cadre réglementaire des investissements en Afrique.

Les gouvernants africains se sont aperçus qu'il n'est possible de démêler cet écheveau qu'en ayant une vue holistique des normes devant régir les investissements. Il leur a paru urgent d'envisager une approche panafricaine de la réglementation des investissements ; une urgence réitérée par Mahamadou Kane qui affirme que *« [i]n pursuit of their economic integration agenda, African countries need a comprehensive legal framework to govern the regime of promotion, protection, and guarantee of investment in the continent »*[1130].

Avec l'assistance des hauts fonctionnaires spécialisés en commerce international, des négociations ont été entamées dans le cadre de l'UA sur le rôle des accords internationaux d'investissement dans le processus d'intégration économique des États africains[1131]. Elles serviront de tremplin à l'adoption d'innovantes orientations panafricaines en matière de réglementation des investissements **(Chapitre I).** L'UA va donc esquisser de nouveaux contours normatifs que tous ses États membres devraient suivre pour prévenir l'écartèlement des accords d'investissement qu'ils adoptent au niveau local et régional. Assurément, cette approche continentale de la réglementation des investissements a des incidences sur le cadre juridique existant dans le domaine **(Chapitre II).**

---

[1129]Cette expression qui veut dire littéralement "bol de spaghetti" a été employee pour la première fois par le professeur Baghwati pour décrire les inconvénients des signatures multiples des Accords commerciaux régionaux par les États asiatiques. Voir BHAGWATI (J.), *Termites in the Trading System. How Preferential Agreements Undermine Free Trade,* Oxford, Oxford Universtity Press, 2008, pp. 68 et s., cité par ILLY (O.), *L'OMC et le régionalisme africain*, *op. cit*. p. 80.

[1130] KANE (M. M.), « International Investment Law and policy : An Overview of 2028 Developments in Africa », *Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2018, p. 297.

[1131]UNECA, *Politique d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : implications pour l'intégration régionale, op. cit.,* p. 39.

# Chapitre I.

# Les innovations panafricaines en matière de réglementation des investissements

Une perception fragmentée et atomisée des règles et politiques d'investissement sur le continent africain aboutit inévitablement à des distorsions et reporte la réalisation du rêve de développement durable des États africains à un avenir aléatoire. La nécessité de résoudre le problème d'hétérogénéité des environnements réglementaires relatifs aux investissements exigeait une entreprise d'harmonisation de la part de l'Union africaine. Or, une telle entreprise, selon Palouki Massina, exige *« un texte de référence clair et non ambigu, une même compréhension de la norme de référence par tous les États membres et la fidélité des normes nationales à l'esprit du texte de référence »*[1132].

À partir de 2008, l'organisation panafricaine a amorcé un ambitieux projet d'accord continental en matière d'investissements sous la coupole de sa Commission. Ce projet a trouvé son épilogue en 2016 avec l'adoption du Code panafricain des investissements (PAIC)[1133] qui apportera plusieurs innovations dans la réglementation des investissements à l'échelle continentale **(Section I).** L'UA a également marqué un pas décisif dans sa politique d'intégration économique avec l'entrée en vigueur récente de l'Accord sur la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf). Cet accord dépasse les questions purement commerciales pour inclure celles relatives aux investissements. Les négociations enclenchées en vue de l'adoption d'un protocole propre à la matière représentent une avancée majeure dans l'encadrement juridique des investissements par l'UA **(Section II).**

[1132]MASSINA (P.), « La difficile harmonisation des réglementations nationales relatives aux marchés publics dans l'espace UEMOA », *Revue Togolaise de Droit des Affaires et d'Arbitrage,* N°16, Novembre 2017, p. 9.
[1133]Dans le cadre de la présente étude, nous retiendrons l'acronyme en anglais : PAIC (Pan-African Investment Code). Texte disponible sur https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-projet_code_panafricain_dinvestissements_decembre_2016.pdf, consulté le 5 janvier 2022.

## SECTION I. LES INNOVATIONS APPORTÉES PAR LE CODE PANAFRICAIN DES INVESTISSEMENTS (PAIC)

Le PAIC a été officiellement signé au mois de novembre de l'année 2016 par les ministres chargés de l'économie, des finances et de l'intégration des États membres de l'UA réunis à Nairobi (Kenya)[1134]. Fruit du désir et des efforts de cette organisation panafricaine de rationaliser les conventions d'investissement négociées au niveau bilatéral et régional, il est l'expression matérielle d'*« un consensus à l'échelle du continent sur le façonnement du droit international des investissements »*[1135]. Le PAIC est un texte juridique novateur ; ce qui est *a priori* louable **(§1).** Ce serait néanmoins faire preuve d'angélisme que de ne pas reconnaître les limites de ce texte continental **(§ 2).**

### § 1. DES INNOVATIONS LOUABLES

Après examen du contenu du PAIC, c'est peu dire qu'il renferme des dispositions attachant du prix aux préoccupations de développement des États africains ; le développement durable des États d'accueil en est le *« noyau normatif »*[1136]. Cette approche est légitime si l'on fait référence au contenu du Programme des Nations Unies sur le développement durable à l'horizon 2030[1137] et à l'Agenda 2063 de l'UA[1138]. Dès son préambule, le PAIC expose les grandes ambitions de développement durable des États signataires[1139]. La centralité de cet idéal a engendré des avancées dans l'appréhension de certains concepts-clés (**A)** et dans les règles de protection des investissements **(B).**

---

**1134** KANE (M. M.), « The Pan-African Investment Code : a good first step, but more is needed », *Columbia FDI Perspectives*, N° 217, 21 March 2018, disponible sur https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D8H14HXV, consulté le 7 janvier 2022.

**1135** MBENGUE (M. M.), « Un Code panafricain d'investissement pour promouvoir le développement durable », *Passerelles*, Volume 17, N° 5, 29 juin 2016, disponible sur http://www.ictsd.org/bridges-news/passerelles/news/un-code-panafricain-dinvestissement-pour-promouvoir-le-d%C3%A9veloppement, consulté le 6 janvier 2022.

**1136** HARELIMANA (J-B.), « Le Code panafricain d'investissement : concilier la protection du développement durable la zone de libre-échange continentale (ZLEC) », *Institut Afrique Monde, Working Paper,* 2017/3, p. 27.

**1137** Le Programme de Développement Durable à l'horizon 2030 est adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2015 (Résolution A/RES/70/1 du 25 septembre 2015) C'est un plan plus complet visant à éliminer l'extrême pauvreté et à réduire les inégalités. ONU, *Transformer notre monde : Programme de développement durable à l'horizon 2030*, 38 p, disponible sur https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=F, consulté le 10 janvier 2022.

**1138** Adopté en 2015, l'Agenda 2063 de l'UA est un plan à long, moyen et court terme *« pour une croissance inclusive et un développement durable pour l'Afrique à réaliser au cours des cinquante prochaines années »,* UA, *Agenda 2063, L'Afrique que nous voulons,* Version populaire, 2015, p. 2, disponible sur https://au.int/sites/default/files/documents/36204-doc-agenda2063_popular_version_fr.pdf, consulté 17 janvier 2022.

**1139** Préambule du PAIC.

## A. Le développement durable, l'élément central des concepts définis

Pendant longtemps, les États africains définissaient les notions d'investissement et d'investisseur d'une manière qui n'est pas sans affecter leurs intérêts. Le PAIC a le mérite d'avoir réajusté ces concepts dans la perspective du développement durable des États d'accueil **(1).** De plus, cet instrument juridique considère les contrats d'État comme des formes d'investissements devant contribuer au développement socio-économique des États de l'UA **(2).**

### *1. La définition mesurée des termes « investissement » et « investisseur »*

La CNUCED estime que « *la définition de l'« investissement » détermine des intérêts économiques, auxquels les gouvernements accordent des garanties importantes liées aux AII, tandis que celle de l'«investisseur» indique l'éventail des personnes physiques et des personnes morales qui peuvent se prévaloir d'un accord spécifique* »[1140]. Ainsi, « *la question de savoir si la transaction ou l'actif considéré avait droit au statut d'investissement protégé et/ou si le requérant avait droit au statut d'investisseur protégé* »[1141] trouve sa réponse dans l'appréhension de ces notions. Par conséquent, les rédacteurs du PAIC se sont pliés à la nécessité d'une précision accrue dans la formulation des termes « investissement » et « investisseur », dans le souci de promouvoir le développement durable des États d'accueil. Tel n'est pas le cas de plusieurs accords internationaux d'investissement.

Relativement à la définition de la notion d'investissement, le Code panafricain des investissements insère clairement le critère de contribution au développement de l'État hôte. Démarche bien audacieuse, lorsqu'on sait que ce critère de définition est âprement discuté dans la doctrine et dans la pratique du droit international des investissements malgré sa consécration par le tribunal arbitral dans *l'Affaire Salini c. Maroc*[1142]. Le développement durable des États d'accueil est l'objet phare du PAIC. Ce texte subordonne la protection des investissements d'origine étrangère à leur apport au développement socio-économique de l'État hôte. En effet, un investissement, selon le texte panafricain, est *« une entreprise ou une société »*[1143]. Pour être considéré comme tel afin de bénéficier du traitement qui en

---

**1140** CNUCED, *Portée et définitions*, Collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement, disponible sur https://unctad.org/fr/docs/diaeia20102_fr.pdf, xi, consulté le 6 janvier 2022.
**1141** *Idem.*
**1142** Dans cette affaire, le tribunal CIRDI a fait recours au préambule de la Convention de Washington pour conditionner l'existence d'un investisseur à *« la contribution au développement économique de l'État d'accueil de l'investisseur ».* Voir CIRDI *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA c. Maroc, Affaire* n°ARB/00/4, décision sur la compétence rendue le 23 juillet 2001.
**1143**Cf. Article 4 § 1 du PAIC.

découle, il doit présenter les caractéristiques suivantes : *« une activité commerciale substantielle conformément à l'alinéa 1, l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'espoir d'un gain ou d'un profit, la prise de risque, et une contribution significative au développement de l'État d'accueil »*[1144].

Rappelons que la définition de la notion d'investissement n'a jamais été identique dans tous les accords d'investissement. Elle constitue une véritable nébuleuse, car soumise à une évolution constante[1145]. Si certains accords appréhendent la notion sous le prisme des actifs[1146], d'autres optent pour une définition basée sur l'idée d'entreprise. Cette dernière approche plus restrictive, est celle retenue par les rédacteurs du PAIC. En Afrique, elle a été suggérée pour la première fois dans le Modèle de TBI de la SADC de 2012[1147]. Cette approche semble plus convenable aux pays en voie de développement[1148]. On comprend donc qu'elle soit empruntée par l'Inde dans son Modèle de TBI et par le Brésil dans ses Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI)[1149].

Un investissement qui mérite protection aux termes du PAIC est une entreprise ou une société remplissant toutes les conditions du *Test Salini,* dont la plus vacillante, comme évoqué plus haut, demeure la contribution de l'investissement au développement économique de l'État hôte. Certains grands accords d'échanges commerciaux comme l'Accord de Partenariat Trans-Pacifique (TPP)[1150] et l'Accord économique et commercial

---

**1144** Cf. Article 4 § 4 (vi) du PAIC.

**1145** Voir BEN HAMIDA (W.), « Two Nebulous Features : The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control – *Ad hoc Committe's Decision in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo* », *Journal of International Arbitration*, Vol. 24, Issue 3, 2007, pp. 287-306 ; Voir également MANCIAUX (S.), « The Notion of Investment : New Controversies », *JWIT*, Vol. 6, 2008, pp. 801-824.

**1146** Relativement à la notion d'investissement, il faut noter que les accords internationaux d'investissement entre les pays en voie de développement sont pour la plupart une reproduction relative des modèles de TBI traditionnels qui définissent généralement les termes « investissement » et « investisseur » de façon large. Voir GILLES (A.), *Définition de l'investissement international,* Bruxelles, Editions Larcier, 2012, pp.99-100. Voir aussi NZOHABONAYO (A.), *Intérêt général dans les pays en développement à la lumière de leur engagement dans les traités bilatéraux d'investissement,* Thèse de doctorat en droit, Université d'Ottawa, 2014, p.141

**1147** Article 2 (I) du *SADC Model BIT Template with Commentary*, 2012, p. 9.

**1148** Le PFI de la SADC de 2006 avait opté pour une définition de l'investissement fondée sur les actifs. Mais, dans sa version révisée en 2016, les suggestions contenues dans le Modèle de TBI de 2012 ont été suivies. Une approche plus restrictive de l'investissement a été retenue, notamment la définition de l'investissement basée sur l'entreprise. Cf. Article 1 de l'Accord portant amendement de l'annexe 1 du protocole sur la finance et l'investissement.

**1149** Article 1 § 4 du Model Text for the Indian Investment Treaty ; Article 2 de l'Accord de coopération et de facilitation de l'investissement entre la République fédérale du Brésil et la République du Malawi. Voir généralement MBENGUE (M. M.), « Africa and the Rethinking of International Investment Law: About the Elaboration of the Pan-African Investment Code », *op. cit.,* pp. 552-553.

**1150** Le *TPP* est l'acronyme anglais de *Trans-Pacific Partnership*. Texte disponible sur https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/cptpp-ptpgp.aspx?lang=fr, consulté le 18 janvier 2019.

global UE-Canada (CETA)[1151], conclus entre pays développés, n'incluent pas ce dernier critère[1152]. Évidemment, les États parties ont atteint un niveau de développement qui ne les y oblige pas. Par contraste, ce critère paraît nécessaire dans le contexte africain où les États peinent à trouver des repères pouvant mener à leur développement durable. Eu égard à l'émergence d'un droit international du développement, favorisée et rythmée par une pléiade de traités internationaux intégrant les buts du développement durable[1153], il serait illogique de parler d'un fourvoiement des rédacteurs du PAIC.

L'obligation que l'investissement soit bénéfique à l'État hôte pourrait être *« l'amorce d'une sécurité et d'une confiance accrue entre les parties »*[1154]. L'élucidation du concept d'investissement, tel qu'il apparaît dans le PAIC, permettrait de limiter les risques d'exposition des États d'accueil aux réclamations arbitrales des investisseurs. La jurisprudence arbitrale en matière d'investissement révèle, d'ailleurs, que sa définition ainsi que celle de l'investisseur peuvent avoir des incidences heureuses ou fâcheuses sur les États récepteurs[1155].

S'agissant de la notion d'investisseur, le PAIC est resté laconique. Un investisseur, en vertu de ce texte, est *« tout ressortissant, entreprise ou société d'un État membre, ou un ressortissant, une entreprise ou une société de tout autre pays qui a effectué un investissement dans un État membre »*[1156]. La référence faite à l'investissement dans cette définition renvoie naturellement à l'exigence que l'investisseur participe au développement socio-économique de l'État sur le territoire duquel il exerce ses activités. Un investisseur peut donc être une personne physique ou une personne morale possédant ou non la nationalité d'un État membre de l'UA. La condition qui semble prévaloir est celle de l'installation effective sur le territoire de cet État. Le désir d'attirer les investisseurs et les investissements en provenance des pays situés hors de la zone UA est certainement le motif

---

**1151** Le *CETA* est l'acronyme anglais de *Comprehensive Economic and Trade Agreement EU-Canada*. Texte est disponible sur https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/canada/eu-canada-agreement/ceta-chapter-chapter_en, consulté le 18 janvier 2019.

**1152** *Idem,* Cf. Article 8 § 1 du *CETA,* Article 9 § 1 du *TTP.*

**1153**HARELIMANA (J-B.), « Le Code panafricain d'investissement : concilier la protection du développement durable la zone de libre-échange continentale (ZLEC) », *op. cit.,* pp. 27-28.

**1154** SERRURIER (E.), « Le Code panafricain des investissements : Modèle imparfait d'un droit international économique au service du développement durable », *Revue africaine de responsabilité sociale et management durable,* Vol. 1 ; N° 1, disponible sur https://www.revues.scienceafrique.org/ngabandibolel/texte/serrurier2019/, consulté le 8 janvier 2022.

**1155** Voir CNUCED*, Portée et définitions*, *op. cit.*, p. xi.

**1156** Article 4 § 5 du PAIC.

de cette disposition. Dans un contexte où le rôle des investissements dans le développement durable est constamment martelé, elle paraît entièrement justifiée.

Le PAIC semble plus ouvert et indulgent sur les conditions liées à nationalité de l'investisseur. Mathias Audit affirmait, par des mots teintés de soulagement, que *« la nationalité entendue comme un concept politique tend inévitablement enfin à s'affadir au contact de la matière économique »*[1157]. Préférence est donnée à la notion *« moins restrictive et plus large de 'ressortissants' »*[1158], comme on peut le noter dans le PAIC. Hormis le lieu d'établissement de l'opérateur économique, personne physique ou morale, ce qui compte véritablement, pour avoir le statut d'investisseur, c'est l'effectivité d'une activité commerciale substantielle[1159]. La finalité vivement recherchée étant le développement durable du continent, d'autres moyens d'investissement ont été proposés.

## 2. *L'appréhension ambitieuse de la notion de « contrat d'État »*

Le recours au procédé contractuel pour accélérer le flux des investissements étrangers dont tant de pays ont besoin pour leur essor économique, constitue l'un des phénomènes les plus originaux des relations internationales contemporaines[1160]. Signalons-le, néanmoins, la signature des contrats d'État n'est pas une révolution dans la décision et l'acte d'investir[1161].

Un contrat d'État est défini comme un contrat conclu entre l'État ou un organisme public et un ressortissant étranger ou une personne morale de nationalité étrangère. Les contrats d'État concernent essentiellement les contrats d'exploitation des ressources naturelles. Ils couvrent également d'autres domaines d'intérêt, tels que les accords de crédit, les contrats d'achat de fournitures et des services, les contrats d'emploi ou les projets d'importantes

---

**1157** AUDIT (M.), « Nationalité des investisseurs personnes physiques et nationalité des investisseurs personnes morales, actionnaires (minoritaires) », *in* LEBEN (Ch.), *Droit international de l'investissement et de l'arbitrage transnational,* Paris, Pedone, 2015, p. 163.

**1158** *Idem.*

**1159** Cf. Article 4 § 1 du PAIC.

**1160** WEIL (P.), « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in *La communauté internationale*, *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, p. 301.

**1161** La signature des contrats d'État est une pratique qui remonte au XIX è siècle. Les contrats d'État sont plus anciens que les traités bilatéraux d'investissement qu'ils concurrencent par leur longévité, en ce sens que les premières opérations d'investissement se rapportaient de façon générale aux concessions et aux délégations. Il était fréquent, lorsqu'un État avait besoin d'exploiter des ressources naturelles ou de construire d'importants ouvrages publics, de conclure un contrat de concession avec une personne privée étrangère. Voir DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit*., pp. 33-34. Si depuis la naissance des contrats d'État, le droit interne les dispute au droit international du fait de la nature distincte des acteurs qu'ils mettent en jeu, ils semblent aujourd'hui davantage soumis au second ordre juridique. Pour une analyse approfondie de la controverse, voir WEIL (P.), « Droit international et contrats d'États », *in Le droit international : unité et diversité, Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 549-582.

infrastructures, comme la construction de chemins de fer, de ports, de barrages, des gares, des aérogares, des roues, de tunnels etc[1162].

Ces instruments contractuels interviennent habituellement dans le cadre des investissements et foisonnent particulièrement dans les pays en voie de développement, qui reposent leur espoir de croissance économique sur l'exploitation de leurs richesses naturelles[1163]. Rien d'étonnant que l'Afrique, ce géant en ressources naturelles dont le talon d'Achille reste l'insuffisance des ressources financières pouvant servir à les exploiter, passe à une vitesse supérieure dans la contractualisation de son action économique[1164].

La multiplicité des contrats d'État sur le continent appelle un encadrement juridique efficace et propice à la préservation des intérêts privés et publics en jeu. C'est à cet égard que s'affichent les avancées singulières du PAIC. Ce texte fait partie des rares accords d'investissement qui consacrent des lignes aux contrats d'État. Il rappelle aux parties prenantes leur responsabilité de considérer les objectifs de développement des États d'accueil. Conformément à son article 26 § 1, *« les contrats d'État doivent être négociés et mis en œuvre, sous réserve du droit national, dans une perspective de soutien mutuel et de respect, en tenant compte des objectifs légitimes de développement des États membres tels qu'énoncés dans leurs politiques d'investissement […] »*[1165]. L'équilibre des intérêts divergents de l'investisseur étranger et de l'État d'accueil dans le cadre d'un contrat d'État est en effet la leçon que l'on retient de l'Affaire *SAUR International c. La République d'Argentine* du 6 juin 2012[1166].

L'Afrique vit un appauvrissement inquiétant malgré sa richesse en ressources minières et énergétiques. Dans le secteur extractif précisément, les communautés locales sont loin de bénéficier des retombées des activités menées sur leur territoire par les investisseurs étrangers. Les précisions données par les rédacteurs du PAIC au sujet des contrats d'État constituent assurément une réaction à cette situation qui ralentit sensiblement la marche des États africains vers le développement durable. De la lecture de cette disposition du PAIC, il résulte une volonté de promotion du développement durable ; ce qui est en phase avec les exigences découlant des ODD des Nations Unies. En effet, le développement durable est

**1162** CNUCED, *Contrats d'État,* Collection de la CNUCED sur les questions des accords internationaux d'investissement, New York et Genève, 2004, p. 3. Voir généralement, LEBEN (Ch.), « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, vol. 302, p. 3.
**1163** *Idem.*
**1164** Un rapport de la Banque mondiale sur les datant de 2015 révèle que le continent africain concentre plus
**1165** Cf. Article 26 du PAIC.
**1166** CIRDI, *SAUR International c. République d'Argentine*, ARB/04/4, sentence du 6 juin 2012.

considéré comme un devoir envers les générations africaines à venir et implique de ce fait *« un partage durable, juste et équitable des richesses entre les investisseurs étrangers dans les industries extractives et l'État hôte de l'investissement »*[1167].

Il convient d'indiquer que le déséquilibre entre les intérêts des parties prenantes aux contrats d'État dérive des clauses qui y sont introduites. Il n'est pas rare que les clauses parapluie portent préjudice aux intérêts des États d'accueil[1168]. Mais ce sont davantage les inconvénients liés aux clauses de stabilisation ou d'intangibilité qu'il faut craindre. Celles-ci font obligation à l'État de s'abstenir de toute modification de sa loi et son application pendant la durée du contrat. Ni les fluctuations liées la conjoncture économique, ni les politiques publiques futures de l'État d'accueil ne doivent affecter le contenu du régime fiscal, environnemental et social du contrat. On en arrive parfois au phénomène tant déploré de « gel réglementaire » comme cela est souvent le cas dans les traités d'investissement avec des normes de traitement des investisseurs définies sans mesure.

Les experts africains, conscients de cette situation, ont exprimé leur désarroi : *« malheureusement, les clauses de stabilisation restent la règle dans le paysage des ressources naturelles de l'Afrique, et il est grand temps que nos États membres reconnaissent le danger que ces clauses ont longtemps posé à leur souveraineté dans un secteur souvent essentiel à leurs économies »*[1169]. Effectivement, ces *freezing clauses* ont un effet handicapant sur le pouvoir normatif des États, car elles *« garantissent à l'investisseur la non-modification du cadre législatif applicable à celui-ci ou l'inopposabilité à son égard de toute norme qui lui serait défavorable »*[1170]. La souveraineté des États africains en la

---

**1167** KAIROUANI (A.), « Les contrats d'État dans les industries extractives africaines au regard de la jurisprudence du CIRDI », *Revue trimestrielle de droit africain*, Penant, N° 913, Octobre-décembre 2020, p. 422.

**1168** Pour Benjamin Samson, *« Les clauses parapluie sont des dispositions des traités de promotion et protection des investissements dans lesquelles les États parties s'engagent à respecter les engagements pris à l'égard d'investisseurs étrangers. Ces clauses ont été inventées dans le but de rééquilibrer la relation contractuelle investisseur-État en soustrayant le contrat au seul empire du droit interne de l'État. D'apparence simple, elles soulèvent de nombreuses questions quant à leur champ d'application, leurs effets et leur portée et posent de délicats problèmes de droit applicable et d'articulation des recours formés contre l'État ».* Voir SAMSON (B.), *Les clauses parapluies dans les traités de promotion et de protection des investissements,* Paris, Dalloz, 2023, Résumé.

**1169**UNECA, *Les défis auxquels sont confrontés les États africains dans les négociations des contrats miniers et pétroliers, avec un accent particulier sur les clauses de stabilisation,* Note conceptuelle, Douala (Cameroun), 26 et 27 octobre 2016, p. 1.

**1170** TITI (C.), « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'État d'accueil ? », *Journal du Droit international,* N°2, 2014, p. 543. Voir aussi, dans un écrit plus ancien, MAYER (P.), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *Journal du Droit international,* N°1, 1986, pp. 5-78.

matière se trouve érodée, alors que les investisseurs craignaient plutôt qu'elle occasionnât des empiètements sur leurs intérêts.

La Vision Minière Africaine (VMA), Charte adoptée en 2009 par l'UA pour orienter la politique minière de ses États membres[1171], touche le nœud du problème en faisant savoir qu'il *« n'est qu'une manifestation de la piètre gouvernance de l'industrie minière africaine au sens large, notamment les graves lacunes du processus de négociation des contrats »*[1172]. Dans l'optique de remédier à ces carences, un groupe d'experts de la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique a préconisé le renforcement des capacités des négociateurs des États africains, afin qu'ils soient à même d'identifier clairement les questions critiques dès l'ouverture des négociations d'un contrat[1173].

Sous l'éclairage des raisons sus-évoquées, on cerne plus aisément l'utilité de l'œuvre des rédacteurs du PAIC en exigeant l'orientation des négociations et la mise en œuvre des contrats d'État vers la promotion du développement durable des États d'accueil. La dénomination *« accords de développement économique »* acquis par les contrats d'État en droit international au fil des années confirment leur importance capitale dans le processus de développement durable de tout État. À combien plus forte raison le seront-ils en Afrique ! La piqûre de rappel du PAIC, qui est une avancée en soi, aura l'avantage d'éveiller le désir de changement dans les États membres de l'UA.

Le texte panafricain comporte plusieurs propositions innovantes pouvant concourir au développement durable des États africains. Outre les dispositions relatives aux contrats d'État, le PAIC énonce que *« les États membres peuvent coopérer en matière de politiques*

---

**1171** La Vision Minière Africaine (VMA) a été élaborée par l'UA en 2009 en collaboration avec la Commission économique des Nations pour l'Afrique (UNECA) et la Banque africaine. Elle vise à promouvoir un développement équitable qui repose sur une exploitation et une gestion judicieuse des ressources naturelles en Afrique. Voir UA, *Vision du régime minier de l'Afrique*, février 2009, 56 p. Disponible sur https://au.int/sites/default/files/documents/30995-doc-africaminingvisionfrench.pdf, le 10 janvier 2022. Voir aussi OXFAM, *De l'aspiration à la réalité : Analyse de la Vision Minière Africaine,* p. 2, disponible sur https://www-cdn.oxfam.org/s3fs-public/bp-africa-mining-vision-030317-fr.pdf, consulté le 10 janvier 2022.

**1172**UA, *Vision du régime minier de l'Afrique, op. cit*., p. 17. En Afrique, il a été remarqué que les négociations des contrats d'État se limitent essentiellement à des experts techniques, généralement non-juristes (géologues ou ingénieurs) ou à des groupes restreints de négociateurs peu outillés, désignés parfois sur la base des considérations politiques et partisanes. Cette situation a été lourde de conséquences pour les États africains ; *« cela a débouché sur une série de contrats de longue durée et unilatéraux, effectivement imposés à l'Afrique, qui ont consolidé davantage la position du continent en tant que fournisseur de matières premières, ne favorisant guère de valeur ajoutée nationale ou toute autre forme d'intégration avec le reste de l'économie nationale du pays producteur »*. Voir UNECA, *Les défis auxquels sont confrontés les États africains dans les négociations des contrats miniers et pétroliers, avec un accent particulier sur les clauses de stabilisation, op. cit.,* pp. 2-3.

**1173** UNECA, *Les défis auxquels sont confrontés les États africains dans les négociations des contrats miniers et pétroliers, avec un accent particulier sur les clauses de stabilisation, op. cit.,* p. 3.

*encourageant et facilitant le recours au partenariat public-privé afin d'assurer leur développement »*[1174]. Ce même leitmotiv est au cœur des nouveautés apportées aux dispositions relatives à la protection substantielle des investissements.

## B. Le développement durable, l'élément fondamental des dispositions retenues

Dans le souci de promouvoir le développement durable des États d'accueil, les rédacteurs du PAIC ont reformulé le langage des standards traditionnels de traitement des investisseurs en leur apportant davantage de clarification et des exceptions[1175]. S'il y a des nouveautés du PAIC qui frappent sur cette question, c'est bien l'omission de la protection pré-établissement et du standard traitement juste et équitable **(1).** De même, le texte continental a mis en relief certaines responsabilités que les parties prenantes sont tenues d'assumer en vue du développement durable des États d'accueil **(2).**

### *1. Des omissions volontaires pour des raisons de développement durable*

Les engagements « pré-établissement » que prennent les États d'accueil se posent comme des moyens de libéralisation des flux des investissements. Les investisseurs étrangers en sont particulièrement friands, car ce type de dispositions leur assure une protection plus large et une réduction des risques liés aux opérations qu'ils mènent préalablement à leur éventuelle admission. Nombreux sont les traités d'investissement qui contiennent des engagements « pré-établissement » des États d'accueil. C'est le cas des traités d'investissement conclus par certaines puissances économiques, telles que les États-Unis, le Canada et le Japon avec leurs partenaires. Les dispositions « pré-établissement » sont également très courantes dans les accords d'échanges préférentiels prévoyant un chapitre sur l'investissement, comme on peut le noter dans le CETA[1176]. Si de plus en plus de traités d'investissement les intègrent, le PAIC, en revanche, les ignore.

Certes, la nécessité d'un traitement non-discriminatoire sur le territoire de l'État récepteur des investissements n'est guère méconnue par le PAIC. Ce texte réserve un traitement national et prévoit la clause de la nation la plus favorisée au profit des

---

[1174] Article 27 du PAIC.

[1175] Nul besoin d'y revenir, car les accords d'investissement ultérieurs adoptés par CER africaines, notamment ceux analysés plus tôt, ont largement repris ses termes. Une référence au premier chapitre de la présente étude permet de cerner les réformes effectuées par le PAIC. Pour une analyse des standards, tels que reformulés par le PAIC, voir MBENGUE (M. M.), « Africa and the Rethinking of International investment Law : About the Elaboration of the Pan-African Investment Code », *op. cit.,* pp. 555-558.

[1176] COTULA (L.), « Traités d'investissement et développement durable : libéralisation des investissements », *op. cit*., p. 1.

investisseurs étrangers avec des limitations. Mais il rejette l'octroi de ce traitement à la phase précédant l'établissement de l'investissement sur le territoire de l'État d'accueil. Il a été envisagé que *« le processus d'établissement, d'acquisition et d'expansion en vertu du présent Code ne s'applique qu'à la phase post-établissement »*[1177]. Cela dit, aucune obligation de protection des investisseurs ne saurait peser sur ce dernier avant que l'investissement proposé soit admis et définitivement établi.

À première vue, cette disposition semble contredire la vision de promotion des investissements des États africains. Cependant, en s'appuyant sur la condition de développement requise par le PAIC dans la définition de l'investissement, elle est justifiable. Au fond, les obligations qui découlent des engagements « pré-établissement » ont la capacité de *« réduire sensiblement le contrôle qu'un gouvernement peut avoir sur les flux d'investissements »*[1178] et d'entraver les mesures de politiques publiques des États d'accueil. Or, le PAIC n'entend protéger que les investissements qui favorisent l'essor socio-économique de ces derniers. Les engagements « pré-établissement » affectent le droit des États d'accueil de réglementer dans l'intérêt public.

Dans une tentative de justification de l'omission de ces dispositions, les rédacteurs du PAIC ont avancé que *« in the context of African countries, such provisions may preclude a State from altering domestic law as circumstances may warrant in the light of national sustainable development goals »*[1179]. En garantissant une protection aux investisseurs uniquement à la phase post-établissement, le PAIC apporte une solution aux États africains qui ont besoin d'une certaine flexibilité réglementaire pour la mise en œuvre de leurs politiques destinées à stimuler l'esprit entrepreneurial au niveau local[1180].

Pareillement aux engagements « pré-établissement », l'omission du standard du traitement juste et équitable par les rédacteurs du PAIC est motivée par des raisons de développement durable. Le traitement juste et équitable a concentré les interrogations au cours des négociations du PAIC. Les rédacteurs du texte continental ont fait remarquer que ce standard de traitement, tel que prévu par la majorité d'accords d'investissement comportent des ambiguïtés qui, *in fine*, ruinent les objectifs de développement des États

[1177] Cf. Article 4 § 4 du PAIC.
[1178] COTULA (L.), « Traités d'investissement et développement durable : libéralisation des investissements », *op. cit*., p. 2
[1179] MBENGUE (M. M.), « Africa and the Rethinking of International Investment Law : About the Elaboration of the Pan-African Investment Code », *op. cit.,* p. 555.
[1180] LARYEA (E. T.), FABUYUSI (O.), « Africanization of International Investment Law for Sustainable Development », *op. cit*., p. 49.

d'accueil des investissements. Ses incertitudes sémantiques ont été accentuées par l'apparition récente de la notion d'« attentes légitimes » de l'investisseur, laquelle correspond à *« ce à quoi l'investisseur raisonnable serait en droit d'attendre de la part de l'État, dont la responsabilité pourrait être mise en jeu en cas de méconnaissance manifeste »*[1181]. Il est aujourd'hui établi que le traitement juste et équitable impose le respect des attentes légitimes des investisseurs par les États hôtes. Seulement, la teneur de cette obligation est demeurée imprécise.

On a pu l'observer, le standard du traitement juste et équitable est équivoque sur la signification et la portée réelle du traitement concédé aux investisseurs et ouvre ainsi la voie à toute sorte d'interprétations devant les tribunaux arbitraux. L'interprétation « fourre-tout »[1182] qu'en font les tribunaux arbitraux peut avoir des impacts néfastes sur les intérêts des États d'accueil des investissements. Elle risque d'empiéter sur leur marge de manœuvre politique. Pour sortir de la trappe de cette norme de traitement, les rédacteurs du Code panafricain ont décidé d'opter pour la voie extrême : elle a été définitivement omise. Makane Mbengue, expert en chef des négociations du PAIC, a défendu cette décision en déclarant qu'elle est mieux adaptée à la mise en œuvre des objectifs de développement durable[1183].

Au demeurant, les rédacteurs du PAIC ont été guidés par le souci d'ébaucher des dispositions qui reflètent la conjoncture continentale et qui sont de nature à préserver les intérêts publics de tous les États membres de l'UA. Les obligations qui pèsent sur ces derniers de protéger les investissements, ont été contrebalancées par une responsabilisation des investisseurs.

### *2. Une responsabilisation corrélative des investisseurs en vue du développement durable*

L'une des nouveautés les plus marquantes du PAIC demeurent la responsabilisation des investisseurs à l'égard des États d'accueil. Il est de notoriété publique que *« les États*

---

**1181** DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op.cit.,* p. 387. Pour une étude de la notion d'attente légitime à la lumière de la jurisprudence arbitrale, Voir CAZALA (J.), « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *RIDE*, 2009/1, t. XXIII, 1, pp. 5-32.

**1182**Surya Subedi parle d'une interprétation « catch-all » des tribunaux arbitraux, SUBEDI (S.), *International Investment Law. Reconciling Policy and Principle*, 4th ed, Hart Publishing, 2020, p 220.

**1183** Pour justifier l'omission le standard du traitement juste et équitable dans le PAIC, Makane Mbengue écrit ce qui suit : *« this approach is also better suited to guarantee the implementation of sustainable development objectives »*, Voir MBENGUE (M. M.), SCHACHERER (S.), « Africa and the Rethinking of International Investment Law », *in* A. ROBERTS et al., (ed.), *Comparative International Law,* Oxford University Press, 2018, p. 558.

*africains ont souvent concédé sans contrepartie, des largesses aux investisseurs au mépris du droit à l'environnement, à la santé, à l'eau, à l'alimentation et à la sécurité des populations »*[1184]. Cette approche ralentit le processus de développement durable des États d'accueil. Le PAIC est venu mettre un terme aux rapports asymétriques préjudiciables aux intérêts des États africains ; ce document a consacré son quatrième chapitre aux « Obligations des investisseurs ». Sur ce point, il séduit davantage par sa sophistication traduite par l'intégration d'obligations novatrices. Celles qui retiennent véritablement l'attention par leur authenticité et leur lien intrinsèque avec le développement durable des États africains sont les obligations relatives à l'utilisation des ressources naturelles. Celles-ci sont davantage révélatrices de la particularité du PAIC, car elles ne se retrouvent pas systématiquement dans les accords internationaux d'investissement.

Le PAIC prévoit, d'abord, une obligation négative des investisseurs à ce propos. Aux termes de son article 23, *« les investisseurs ne doivent pas exploiter ou utiliser les ressources naturelles locales au détriment des droits et intérêts de l'État d'accueil »*. Il est courant que les entreprises multinationales opérant dans le secteur extractif en Afrique, dans la recherche effrénée de la maximisation de leurs profits, éludent les intérêts les États hôtes. Pour un continent qui concentre au moins 30% des ressources minières et énergétiques de la planète selon la Banque mondiale[1185], les conséquences dévastatrices de cet état de fait sont déplorables. L'adresse du PAIC aux investisseurs au sujet de leur responsabilité dans l'utilisation des ressources naturelles y trouve son explication.

Les États africains devraient bénéficier pleinement de la rente de leurs richesses naturelles. Dans le cas contraire, la concrétisation de leurs objectifs de développement durable sera toujours remise aux calendes grecques. Il s'agit en effet d'un droit qui résulte du principe de la souveraineté permanente des États sur les ressources et richesses naturelles dont l'ancrage en droit international n'est plus à démontrer[1186]. Ce principe, sous l'effet

---

**1184** SIPOWO (A.-G.), « Une possible conciliation des droits humains et l'investissement : regard sur les principes de la société africaine pour le droit international relatif à l'investissement international pour le développement durable en Afrique », disponible sur https://www.quidjustitiae.ca/fr/blogue/une-possible-conciliation-des-droits-humains-et-linvestissement-regard-sur-les-principes-de, consulté le 2 février 2022.

**1185** Cette statistique est issue d'une étude menée par la Banque mondiale en 2015, laquelle est titrée *Le potentiel transformateur de l'industrie minière,* p. 3. citée par KAIROUANI (A.), « Les contrats d'État dans les industries extractives africaines au regard de la jurisprudence du CIRDI », *op. cit.,* p. 414.

**1186** Voir DEME (B. H.), « Le droit international des investissements et le contrôle étatique sur les ressources énergétiques », *op. cit*., p. 83. ; voir aussi MAUGHUIN-HELGESON (M.), « La souveraineté permanente sur les ressources et richesses naturelles », *in* DAILLIER (P.) et al., *Droit de l'économie internationale,* Paris, Pedone, 2004, pp. 651-659.

conjoint de celui portant sur la répartition juste et équitable des richesses[1187], consolide le droit des États d'accueil d'aspirer à un développement durable ; ceci, grâce aux bénéfices tirés de leurs ressources naturelles.

De même, le PAIC a envisagé une obligation à la charge des investisseurs vis-à-vis des communautés locales dans lesquelles ils opèrent. Il énonce que *« les investisseurs veillent au respect des droits des populations locales, et évitent les pratiques d'accaparement des terres, préjudiciables à ces communautés »*[1188]. Ali Kairouani notait précisément que *« le développement durable implique un partage durable, juste et équitable des richesses entre les investisseurs étrangers dans les industries extractives et l'État hôte de l'investissement. Ce principe concerne principalement les populations locales qui vivent à côté des zones d'extraction minière ou pétrolière »*[1189]. Les États africains ne peuvent parvenir à un développement harmonieux que lorsque les droits et les intérêts de leurs communautés locales sont pris en compte par les investisseurs étrangers. Les exigences du PAIC sont, à cet égard, bienvenues.

Évoquons sommairement quelques-unes de ces exigences, notamment l'obligation de respecter les meilleures pratiques de gouvernance d'entreprise[1190], l'éthique commerciale et les droits humains[1191], ainsi que les obligations socio-politiques[1192], dont les rédacteurs du PAIC restent incontestablement les architectes, tout comme ils le sont pour les obligations relatives à l'utilisation des ressources naturelles. L'on ne saurait passer sous silence deux autres obligations cruciales, à savoir le devoir des parties de s'abstenir d'actes de corruption[1193] et celui de s'engager dans la RSE[1194].

À l'examen du PAIC, les promesses de développement durable des États africains sont claires. « *La clarté et la pédagogie de l'instrument sont d'autant plus notables que rares sont les TBI ou codes d'investissements aussi fournis et aussi élaborés, y compris parmi les*

---

**1187** CIJ, *Danemark et Pays-Bas c. République Fédérale d'Allemagne*, 20 février 1969.
**1188** Article 23 § 2 du PAIC.
**1189** KAIROUANI (A.), « Les contrats d'État dans les industries extractives africaines au regard de la jurisprudence du CIRDI », *op. cit.,* p. 422.
**1190** Article 19 du PAIC.
**1191** Article 24 du PAIC.
**1192** Article 20 du PAIC.
**1193** Article 21 du PAIC. Relativement à la corruption, il sied d'indiquer que l'UA dispose d'un appareil normatif et institutionnel qui peut contribuer à éradiquer cette pratique dans le domaine des investissements. Il s'agit respectivement de la Convention de l'UA sur la prévention et la lutte contre la corruption du 12 juillet 2003 et le Conseil consultatif de l'UA sur la corruption créé en mai 2009.
**1194** Cf. Article 22 du PAIC.

*accords de la nouvelle génération »*[1195]. La priorité accordée aux objectifs de développement durable pourrait permettre au PAIC de devenir *« un modèle d'innovation en dehors de l'Afrique »*[1196]. Ce texte fait des adeptes au regard de ses dispositions innovantes. Toutefois, il n'est pas exempt de critiques.

## § 2. DES INNOVATIONS DISCUTABLES

L'élaboration d'un instrument juridique de réglementation des investissements à l'échelle continentale a été saluée dans les arènes juridiques, économiques et politiques où la prolifération des TBI et des accords régionaux d'investissement constitue une préoccupation majeure. Le PAIC a été magnifié pour ses dispositions inédites qui rompent avec l'approche traditionnelle des traités d'investissement, caractérisée par un penchant exagéré pour les droits des investisseurs. Pour nombreux que soient ses admirateurs, le texte continental n'en compte pas moins des contempteurs. Objectivement scruté, il renferme des carences réelles sur la forme **(A)** et des faiblesses apparentes sur le fond **(B).**

### A. Des faiblesses formelles réelles

Le cadre juridique continental des investissements établi par l'UA est entaché de vices liés à l'instrument juridique que cette organisation a élaboré. En effet, l'enthousiasme suscité par l'adoption du PAIC se trouve rapidement refroidi par les faiblesses consubstantielles de ce texte. Sa faible nature juridique évidente **(1)** et la forte dénaturation du « Code » qu'il est censé constituer **(2)** représentent un obstacle à sa mise en œuvre à l'unisson par les États africains.

#### *1. La faible nature juridique du PAIC*

L'intention initiale des gouvernements et des experts africains en élaborant le Code panafricain des investissements était d'en faire un instrument juridique contraignant qui permettrait de surmonter définitivement le sempiternel problème de fragmentation du régime africain des investissements. Ce texte s'imposerait à tous les États membres de l'UA sans exclusive et devrait ainsi contribuer à la transformation industrielle et structurelle de l'Afrique par le truchement de ses dispositions pro-développement durable au bénéfice des États d'accueil des investissements. Mais que ne fut la déception des observateurs lorsque

[1195] SERRURIER (E.), « Le Code panafricain des investissements : un modèle imparfait d'un droit international économique au service du développement durable », *op. cit.,* p. 13.
[1196] HARELIMANA (J-B.), « Le Code panafricain d'investissement : concilier la protection du développement durable la zone de libre-échange continentale (ZLEC) », *op. cit.,* p. 31.

ce premier texte de réglementation des investissements au niveau continental fut adopté comme un instrument juridique de *soft law*[1197] !

En effet, les ambitions du comité d'experts chargé de la rédaction du PAIC ont été diluées par les leaders politiques qui ont fini par adopter ce texte comme un guide de référence au service des États membres de l'UA dans la négociation de leurs traités d'investissement et pour l'élaboration de leurs politiques et lois nationales d'investissement[1198]. La nature juridique non contraignante conférée au PAIC a été exprimée dès le préambule du texte[1199]. Ses rédacteurs ont tenu à le réitérer dans le fond du document dans une disposition qui se lit comme suit : *« Le présent Code s'applique, en tant qu'instrument d'orientation, à tous les États membres ainsi qu'aux investisseurs et à leurs investissements sur le territoire de ces États tels que définis par le présent Code »*[1200]. La nature juridique non contraignante du PAIC n'est pas voilée. Au contraire, elle est bel et bien consacrée, parce que voulue.

Cette fragilité formelle du PAIC aura pour conséquence d'exacerber la fragmentation du régime juridique des investissements en Afrique alors que ce texte était destiné à la juguler. Elle pourrait entraver sérieusement l'effectivité de certaines dispositions, telles que le droit de réglementation des États hôtes, les standards de traitement, les obligations des investisseurs, la régulation des contrats d'État et des PPP ainsi que les dispositions relatives au transfert de technologie et la protection des consommateurs[1201].

Les retombées positives attendues à la suite de l'omission du controversé standard du traitement juste et équitable pourraient être limitées. Il est fort à parier que l'exclusion des procédures de règlement des différends de la portée de la clause de la nation la plus favorisée subisse le même sort. En la forme actuelle du PAIC, rien ne garantit l'intégration de ses dispositions ou la prise en compte de ses omissions dans les instruments juridiques d'investissement qu'adopteront les États africains. Le texte continental ne pourrait plus tenir ses promesses originelles[1202]. Les innovantes dispositions qu'il renferme risquent de rester lettre morte en raison du manque de fermeté de ce document. Il demeure un *« produit*

---

**1197** Voir KANE (M. M), « The Pan-African Investment Code: A good first step, but more is needed », *op. cit.*, p. 2.
**1198** Voir MBENGUE (M. M.), SCHACHERER (S.), « The Africanization of International Investment Law : The Pan-African Investment Code and the Reform of Investment regime », *op. cit.,* p. 420.
**1199** Le préambule montre bien que les États parties sont « déterminés » à « mettre en œuvre » le PAIC comme « un instrument d'orientation ».
**1200** Article 2 § 1 du PAIC.
**1201** Voir KANE (M. M), « The Pan-African Investment Code: A good first step, but more is needed », *op. cit.*, p. 2.
**1202** *Ibidem,* p. 3.

*expérimental »* qui ne vise qu'à redorer le blason des États africains en droit international des investissements[1203].

La mollesse du PAIC apparaît, en outre, dans son article 3 où il a été envisagé que le texte continental *« n'affecte pas les droits et obligations des États membres découlant de tout accord d'investissement existant »*[1204]. Cette disposition exclut d'emblée toute possibilité de substitution ou de réinterprétation des accords régionaux d'investissement et des instruments juridiques en vigueur dans les États membres de l'UA. Malgré l'adoption du PAIC, le droit positif en matière d'investissement reste en l'état. Le texte semble ne valoir que pour l'avenir. Là encore, il ne s'impose pas de façon systématique aux États membres de l'UA[1205].

Le troisième alinéa de cet article est symptomatique de l'hésitation des États des gouvernants africains. Il en ressort que *« les États membres et les Communautés Économiques Régionales (CER) tiennent compte autant que possible des dispositions du présent Code au moment de la conclusion de tout nouvel accord avec un pays tiers afin d'éviter tout conflit entre leurs obligations présentes ou futures en vertu du présent Code et celles découlant d'autres accords »*[1206]. Le groupe de mots « autant que possible » employé dans cette disposition démontre qu'aucune pression n'est mise sur les entités étatiques et régionales quant à la nécessité de s'approprier immédiatement les dispositions prévues par le PAIC. Elles n'en sont pas pour autant empêchées.

La faiblesse juridique du PAIC est, par ailleurs, provoquée par sa construction sur une fondation elle-même peu solide, ceci d'autant que les textes sur lesquels les États membres de l'UA fondent leur instrument continental de réglementation des investissements relèvent du « droit mou ». Les États signataires se sont contentés d'évoquer des textes internationaux à caractère résolutoire ou relevant du droit « déclaratoire » ou « programmatoire »[1207]. C'est

---

**1203** Selon l'auteur, *« the PAIC is an experiential product »,* ADENEKAN (O. A.), « The Pan-African Investment Code and the Investment Protocol to the African continental Free Trade Agreement : Are we Building the Right House on a Weak Foundation », p. 7, disponible sur https://www.researchgate.net/publication/355465973_THE_PAN-AFRICAN_INVESTMENT_CODE_AND_THE_INVESTMENT_PROTOCOL_TO_THE_AFRICAN_CONTINENTAL_FREE_TRADE_AGREEMENT_ARE_WE_BUILDING_THE_RIGHT_HOUSE_ON_A_WEAK_FOUNDATION, consulté le 7 février 2022.

**1204** Cf. Article 3 § 1 du PAIC.

**1205** SERRURIER (E.), « Le Code panafricain des investissements : un modèle imparfait d'un droit international économique au service du développement durable », *op. cit.,* p. 44.

**1206** Article 3 § 3 du PAIC.

**1207** Voir DUPUY (R-J.), « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la *soft law,* in *L'élaboration du droit international public,* Colloque SFDI*, 1975,* p. 132.

ainsi qu'on peut noter, dans le préambule du PAIC, l'évocation de l'Agenda 2063 de l'UA, le Nouveau Partenariat pour le développement de l'Afrique (NEPAD), le Cadre de politique d'investissement au service du développement durable de la CNUCED et les Objectifs de développement durable adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies. Si la référence aux textes susmentionnés n'est pas dénuée d'intérêt, il faut tout de même admettre leur insuffisance à soutenir le PAIC comme norme complémentaire et interprétative[1208].

Le soubassement juridique du PAIC aurait pu être plus consistant si ce texte s'était référé au « substrat juridique » de conventions africaines et internationales conclues dans certaines matières-clés en lien avec les investissements. Cela aurait eu l'avantage de fonder sa démarche sur des textes de *hard law*. En dehors du Traité d'Abuja mentionné à juste titre, le PAIC aurait pu se fonder sur des conventions internationales relatives à la protection de l'environnement et des droits humains en vue de renforcer la responsabilité sociétale des entreprises. Concernant les droits humains, l'on est en droit d'exprimer son étonnement, voire son agacement face à la non-référence du PAIC à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP)[1209], surtout lorsqu'on pense, comme Alain Pellet, que *« droit de l'investissement et droit des droits de l'homme se prêtent d'autant plus à une étude croisée qu'ils présentent tous deux des caractères communs qui les rapprochent au sein de la famille des droits des relations internationales »*[1210]. Enguerrand Serrurier opine que la référence à cet important instrument juridique africain aurait pu permettre une formalisation de la RSE avec, en toile de fond, les droits fondamentaux, le droit de l'environnement, le droit à la libre disposition des ressources naturelles et le droit au développement. Elle aurait pu favoriser un contrôle complet des opérations des investisseurs pour les orienter vers le développement durable des États d'accueil[1211]. Même la désignation de cet instrument juridique continental paraît erronée.

---

**1208** SERRURIER (E.), « Le Code panafricain des investissements : un modèle imparfait d'un droit international économique au service du développement durable », *op. cit.,* p. 46.

**1209** La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a été adoptée par l'Assemblée générale de l'OUA le 28 juin 1981 à Nairobi (Kenya). Elle est entrée en vigueur le 21 octobre 1986. Texte disponible sur https://www.achpr.org/fr_legalinstruments/detail?id=49, consulté le 10 février 2022.

**1210** PELLET (A.), « Notes sur la fragmentation du droit international : Droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in *Mélanges offerts en l'honneur au professeur Pierre-Marie Dupuy,* Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2014, p. 760.

**1211** SERRURIER (E.), « Le Code panafricain des investissements : un modèle imparfait d'un droit international économique au service du développement durable », *op. cit.,* p. 46.

## 2. *La forte dénaturation du « Code » panafricain*

La détermination de la nature juridique du PAIC était l'une des pierres d'achoppement durant les discussions entre experts africains impliqués dans son élaboration et son adoption. On a pu le démontrer, au bout des tiraillements entre ceux qui désiraient un document revêtu d'une force juridique contraignante et ceux qui n'espéraient qu'un « guide d'orientation », le second groupe a triomphé. Si la préférence au « droit mou » au détriment du « droit ferme » est justifiable par le temps de réflexion dont peuvent disposer les États, il n'en sera pas autant pour le terme choisi pour désigner le texte continental. Au vu de ses carences formelles, le choix du terme « Code » semble en effet inapproprié, voire travesti. À l'aune de ses dispositions, le PAIC est, sans conteste, un instrument juridique audacieux. Cependant, l'on ne saurait porter le même jugement sur ce texte du point de vue de sa forme pour l'ériger en « Code ». Cette opinion peut être élucidée sous l'éclairage du droit international général.

Un « Code » peut être entendu au sens large comme un *« ensemble de règles juridiques mises en forme »*[1212] en vue de régir un domaine donné. Lu sous la grille du droit international, ce terme admet une analogie avec la notion de « traité ». Or, un traité, aux termes de la Convention de Vienne de 1969, *« s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière »*[1213]. Un code, dans le présent contexte, devrait par conséquent contenir un ensemble de normes écrites et être signé entre États pour revêtir une nature juridique contraignante.

Avant son adoption par les États membres de l'UA, le PAIC remplissait toutes les conditions susmentionnées pour être un instrument juridiquement liant. Le Docteur Amr Hedar[1214] rapportait que, dans sa première version, le texte panafricain énonçait en son article 51 que *« [t]his Code shall enter into force upon its signature and ratification by, at least, fifteen Member States »*[1215]. Cela impliquait que la fin des formalités de signature et la

[1212] CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Assoc. Henri Capitant, PUF, 12 è éd., 2018, p. 63.
[1213] Article 2 § 1 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.
[1214]Dr Amr Hedar est spécialiste des accords internationaux en poste d'investissement à l'Autorité égyptienne de l'investissement.
[1215] Voir en ce sens, HEDAR (A.), « The Legal Nature of the Draft Pan-African Investment Code and its Relationship with International Investments Agreements », *Investment Policy Brief*, South Centre, N° 9, july 2019, p. 2, disponible sur https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2017/07/IPB9_The-Legal-Nature-of-the-Draft-Pan-African-Investment-Code-and-its-Relationship-with-International-Investment-Agreements_EN.pdf, consulté le 12 février 2022.

ratification du texte par un minimum de 15 États membres devaient permettre de faire du PAIC un instrument de *hard law*, tel que l'avait recommandé le comité d'experts techniques aux gouvernants politiques chargés de son adoption.

Si le PAIC avait pris cette forme, ses dispositions auraient eu de profondes incidences sur le droit interne des États africains. La plus importante aurait été la possibilité pour un État ou un investisseur étranger d'engager la responsabilité internationale d'un État signataire qui viole les normes auxquelles il avait souscrit[1216]. Une autre incidence aurait été l'incapacité d'un État signataire à amender ses lois nationales d'investissement d'une manière contraire au contenu de l'accord d'investissement auquel il est partie[1217].

Quand on envisage le PAIC dans sa configuration actuelle, il n'a pas l'air d'un code compris au sens strict du terme, c'est-à-dire, un instrument qui créerait des droits et des obligations à la charge des sujets de droit[1218]. L'article 51 de sa version définitive se borne à indiquer que le code *« prend effet après son adoption par la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement de l'Union Africaine »*[1219]. À défaut de ratification précédée de signatures par un nombre requis d'États parties, le PAIC arbore la forme de « modèle » comme on a pu le remarquer dans le cas de la SADC et de la CAE.

Le terme « Code » employé pour désigner le texte panafricain s'apparente à un abus de langage susceptible d'induire en erreur. En réalité, on est dans une logique de *« soft responsibilities »* et non de *« hard obligations »*[1220]. Toutefois, parlant du PAIC, il n'est pas question d'une « souplesse » des normes. Loin de là ! Celles-ci sont bien rigides. C'est plutôt la faiblesse de l'instrument juridique les énonçant qui provoquent les présentes critiques. L'on se demande s'il n'est nécessaire de renommer le PAIC. À la lumière de ses traits formels, il serait plus convenable de le désigner peut-être de « Modèle de traité d'investissement de l'UA ».

---

**1216** Pour approfondir la responsabilité internationale d'un État sur le fondement d'un traité d'investissement, voir LEBEN (Ch.), « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de protection et de promotion des investissements », *AFDI*, Vol. 50, 2004, pp. 683-714.

**1217** HEDAR (A.), « The Legal Nature of the Draft Pan-African Investment Code and its Relationship with International Investments Agreements », *op. cit.,* p. 3.

**1218** Cette précision est utile car Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat avertissaient que dans certaines hypothèses, des textes conclus par des États *« se contentent par exemple de confirmer ou de consolider une situation juridique, d'attribuer un statut juridique, d'effectuer une habilitation ».* DUPUY (P-M.), Y. KERBRAT, *Droit international public, op. cit*., p. 312.

**1219** Cf. Article 51 § 1 du PAIC.

**1220** Ces notions sont à appréhendées avec prudence. Elles ne se réfèrent aucunement aux obligations ou aux responsabilités des investisseurs dans leurs opérations sur le territoire de l'État d'accueil. Elles signifient plutôt que le PAIC n'est pas un texte juridique qui s'impose aux États membres de l'UA pouvant être invoqué pour engager leur responsabilité internationale.

Il semble que durant le projet de rédaction du texte de réglementation des investissements à l'échelle continentale, l'objectif des gouvernants africains n'ait jamais été d'adopter un accord qui serait juridiquement contraignant. Un communiqué de presse de la Commission de l'UA sur le projet fait ressortir que *« the specific objective of the project is to elaborate a Pan-African Investment Code (PAIC) model […] and develop a roadmap and strategy on how AU MS (African Union Member States) can adopt this model to suit their respective local situations »*[1221]. C'est ce projet de texte « modèle » qui sera en fin de compte mis en œuvre. Néanmoins, il laisse un goût d'inachevé chez tout observateur conscient des atouts liés à une codification digne de ce nom.

La codification présente en effet l'avantage de faciliter l'accès à la règle de droit, en permettant aux acteurs économiques de trouver dans un *corpus* unique, la règle applicable plutôt que de devoir la chercher dans les lois éparses de différents pays[1222]. En toute vraisemblance, les rédacteurs du PAIC ne se seraient pas contentés d'une « codification-compilation », en ce sens que ce texte panafricain n'est pas un catalogue de règles déjà existantes. On présume qu'ils auraient préféré une « codification-modification » qui consiste en la codification de nouvelles solutions juridiques apportées aux problèmes existants[1223]. On pourrait dire, en reprenant la formule de Guy Braibant, que le PAIC tendait admirablement vers une « codification cornélienne » du droit des investissements tel qu'il devrait être en Afrique, plutôt qu'à une « codification racinienne » de ce droit tel qu'il est et se manifeste[1224]. Malheureusement, il a été arrêté dans son élan.

La codification aurait véritablement permis d'éviter le manque de cohérence des règles d'investissement des États africains. Elle aurait favorisé la production de règles obligatoires adaptées aux préoccupations du continent africain. L'harmonisation réussie du droit des affaires dans le cadre de l'OHADA, grâce à la codification est un exemple topique qui devrait amener les gouvernements africains à se délier de leur attachement aux droits nationaux en matière d'investissement[1225]. C'est donc, à juste titre, que l'on déplore les faiblesses de forme du PAIC qui, au surplus, recèle des vices apparents de fond.

---

**1221** Voir UA, « Continental Meeting on the Review and Consideration of the Pan-African Investment Code (PAIC) Speke Resort Munyonyo, Kampala, Uganda », 30 november – 2 december, 2015, disponible sur https://au.int/fr/node/19357 , consulté le 12 février 2022.

**1222** Voir CABRILLAC (R.), « Un Code européen des affaires : une chance pour la construction européenne », *Recueil Dalloz,* n° 21, 13 juin 2019, p. 3.

**1223** *Ibidem,* pp. 6-7.

**1224** BRAIBANT (G.), « Utilité et difficultés de la codification », *Droits,* n°24, 1996, p. 61.

**1225** Cf. Site officiel de l'OHADA. L'OHADA, dont la vision est *« la facilitation des échanges et des investissements […] en vue de propulser le développement économique et créer un vaste marché intégré »,*

## B. Des carences matérielles apparentes

Le cadre juridique continental des investissements établi par l'UA est fait de règles apparaissant comme un retour au protectionnisme économique des États **(1).** De plus, il instaure une discrimination entre les investisseurs africains et les investisseurs qui opèrent sur le territoire d'un État membre de l'UA sans en être un ressortissant **(2).**

### *1. Des règles apparemment protectionnistes*

Sous le PAIC, il est clair que la primauté accordée aux intérêts privés des investisseurs étrangers sur les intérêts publics des États d'accueil n'est plus d'actualité. En vertu des règles contenues dans le texte panafricain, les États d'accueil des investissements ne se trouvent plus dans une position de faiblesse face aux investisseurs. Cette démarche aurait-elle des relents de protectionnisme ? Ou crée-t-elle plutôt la crainte d'une évanescence du pouvoir des investisseurs ? Ces questionnements sont évocateurs des grands enjeux surgissant de la réforme du régime africain des investissements.

Le PAIC contient plusieurs références au droit de réglementation des États d'accueil. Cette prérogative est consacrée dès le préambule : les États membres de l'UA reconnaissent *« leur droit à réglementer toutes les activités liées aux investissements sur leurs territoires en vue d'atteindre les objectifs de politique nationale et de promouvoir le développement durable ».* Chaque État d'accueil admet les investissements sur son territoire « conformément à sa législation et à sa réglementation »[1226]. En reformulant le langage des règles substantielles de protection des investisseurs et de leurs investissements, le PAIC préserve également la marge de manœuvre politique des États d'accueil.

Les standards de protection des investisseurs sont assortis de plusieurs exceptions permettant aux États d'accueil de poursuivre leurs objectifs légitimes de bien-être public[1227]. À celles-ci s'ajoutent des « exceptions générales » au sens desquelles le PAIC *« n'empêchera aucun État membre de mettre en œuvre des mesures liées à la protection de la vie ou de la santé humaine, animale et végétale, au maintien de la paix et de la sécurité internationale, ou la protection de ses intérêts de sécurité nationale […] »*[1228].

---

inspire des organisations situées hors du continent africain. On pense au projet de création de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires dans la Caraïbe (OHADAC). On peut lire sur le site de l'OHADAC que ce projet s'est « inspiré du succès mondialement reconnu du processus OHADA d'unification du droit des affaires en Afrique sub-saharienne », voir https://www.ohadac.com/, consulté le 12 février 2022.

**1226** Article 5 du PAIC.

**1227** Article 8, Article 10, Article 16 du PAIC.

**1228** Article 14 § 1 du PAIC.

Certains auteurs voient dans ces nombreuses exceptions un zèle de la part des rédacteurs du PAIC. Won Kidane écrivait que cette approche traduit excellemment le « dilemme africain » dans la réglementation des investissements. Apparemment consterné, il explique ce « dilemme » en ces termes : *« African States want to open their markets to each other but still have that fear of the strong stranger taking advantage of them. This might be a demonstration of their zealous guarding of their markets and interests although the strict guarding appears to be misdirected* »[1229]. Au fond, l'auteur taxe le PAIC d'instrument juridique protectionniste.

Par ailleurs, l'omission du standard du traitement juste et équitable par le PAIC n'emporte pas l'adhésion de tous. Selon les critiques de cet instrument juridique, il est injuste de considérer ce standard comme nuisible aux États africains du fait de l'interprétation qu'en font les tribunaux arbitraux. La meilleure option, selon eux, aurait été de s'inspirer du Modèle de TBI de la SADC afin d'en dégager une approche plus restreinte et nuancée[1230]. La consécration du droit des États d'accueil de recourir aux prescriptions de résultats[1231] apparaissent aussi comme une exagération dans l'affirmation du droit de réglementation des États d'accueil. Elle leur conférerait un pouvoir discrétionnaire qui ruinerait les intérêts des investisseurs.

L'approche défensive du PAIC ressemblerait davantage à une revanche disproportionnée engendrée par les mauvais souvenirs gardés des TBI et des accords d'investissement à l'ancienne. Victor O. Adenekan arguait que si l'atteinte d'un équilibre général entre les droits et obligations des États d'accueil et ceux des investisseurs est un défi que vise à relever le PAIC, ses exclusions et exceptions aux standards de traitement, de même que les exigences de performance qu'il prévoit en font un texte protectionniste. Pour lui, le PAIC est à cheval entre libéralisme et protectionnisme avec une prédominance du second concept sur le premier[1232]. Won Kidane a eu des mots plus durs pour décrire le PAIC.

---

**1229** KIDANE (W.), « Contemporary Interational Investment Law Trends and Africa's Dilemmas in the Draft Pan-African Investment Code », *The George Washington International Law Review,* Vol. 50, 2018, p. 565.
**1230** *Ibidem*, p. 575.
**1231** Le PAIC énonce que *« Les États membres peuvent soutenir le développement d'industries locales, régionales et continentales qui assurent, notamment, des liens économiques en amont et en aval et permettent d'attirer les investissements et de créer des emplois sur les territoires […] Les États membres peuvent introduire des prescriptions de résultats pour encourager les investissements et le contenu local […] ».* Cf. Article 17 du PAIC.
**1232** Victor O. Adenekan déclarait : *« Whilst it is agreed that the PAIC aims at balancing the rights and obligations of the host States and the investor, the exceptions of the MFN and NT clauses, performance requirements, etc. are protectionnist »*. Il ajoutait que *« […] it is not an effective mechanism for there to be an interplay between liberalism and protectionnism in the same instrument, as one would always undermine the other in the long run. In this case, the dominant player is protectionism »*, ADENEKAN (O. A.), « The Pan-

*« L'approche protectionniste que le Code adopte ne favorise pas l'intégration, elle la sabote »*[1233], dixit-il.

Quand on sait que les États africains aspirent à « *instaurer un climat favorable aux investissements et à accroître les échanges commerciaux ainsi que les investissements »*[1234], les abondantes critiques adressées au PAIC paraissent convaincantes. Cependant, un approfondissement de l'étude des règles internationales régissant les échanges économiques internationaux conduit à dire, toute proportion gardée, que les dispositions contenues dans le PAIC ne sont pas si protectionnistes que le prétendent certains auteurs.

Le professeur Mahiou, dans son cours général à l'Académie de droit international de la Haye, démontrait que ces règles facilitent le libre-échange sans entrave liée au cadre juridique et prévoient simultanément des moyens de faire cohabiter pacifiquement protection et discrimination loyales. Des mécanismes législatifs et réglementaires peuvent bel et bien exister dans le but d'offrir la flexibilité nécessaire à l'adaptation du droit aux circonstances locales[1235]. Plus précisément, *« la protection est tolérée, le protectionnisme, interdit, lorsqu'il prend la forme de restriction déguisée »*[1236].

À notre sens, l'approche du PAIC correspond à cette logique. Les rédacteurs ont eu la présence d'esprit d'envisager que les États d'accueil peuvent adopter des mesures de politique publique *« à condition que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer, soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiée entre investisseurs se trouvant dans des circonstances analogues, soit une restriction déguisée des flux des investissements »*[1237]. La protection des intérêts des États d'accueil par le PAIC est réelle. Mais le labelliser comme texte protectionniste nous paraît trop sévère bien que le traitement qu'il réserve aux investisseurs africains et non-africains semble biaisé.

---

African Investment Code and the Investment Protocol to the African continental Free Trade Agreement : Are we Building the Right House on a Weak Foundation », *op. cit.,* p. 12.

**1233** Traduction personnelle. Selon Won Kidane, *« The protectionnist approach that the Code adopts does not promote integration ; it sabotages it »,* KIDANE (W.), « Contemporary International Investment Law Trends and Africa's Dilemmas in the Draft Pan-African Investment Code », *op. cit.,* p. 575.

**1234** Préambule du PAIC.

**1235** MAHIOU (A.), « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité : cours général de droit international public *», RCADI,* Martinus Nijhoff Publishers, vol. 337, 2009, p. 516.

**1236**ROSSO (C.), « Les résurgences du patriotisme économique », *in* GHERARI (H.), *Les dérèglements économiques internationaux : crise du droit ou droit des crises ?* Paris, Pedone, 2014, p. 158.

**1237**Article 14 § 1 du PAIC.

## 2. *Un traitement apparemment discriminatoire*

L'un des mobiles de l'élaboration d'un code régissant les investissements au niveau continental était de booster les investissements intra-africains au bénéfice des pays africains et de leurs économies locales. Les États membres de l'UA avaient la conviction que *« l'intégration et le développement de l'Afrique nécessite le renforcement du marché régional, la création des richesses et la promotion de la concurrence par l'accroissement de la production, du commerce et des flux d'investissements dans les pays africains »*[1238]. Selon la Commission Économique des Nations Unies pour l'Afrique, ceux-ci, en enclenchant les travaux de rédaction du PAIC, se proposaient d'*« établir un climat commercial sain afin de stimuler l'investissement au niveau national, régional et continental »*[1239].

Il s'agit d'une ambition noble, car la part de l'Afrique dans le commerce mondial a connu une baisse alarmante ces cinquante dernières années. Le continent noir est continuellement dépendant des importations et fortement tributaire des exportations de ses ressources naturelles. En 2019, il représentait 2,8 % du commerce mondial et la part du commerce intra-africain dans le volume des échanges économiques s'établissait à 14,4 % seulement[1240]. Cette proportion est largement inférieure à celle des autres régions comme l'Europe et l'Asie[1241]. Le PAIC devrait par conséquent tendre à privilégier la notion de réciprocité des investissements entre les pays africains en vue de favoriser les entrées et les sorties de biens et services.

Cependant, le texte panafricain semble établir un double standard de traitement des investisseurs, selon qu'ils sont africains ou originaires d'un pays non-membre de l'UA[1242].

---

**1238** Préambule du PAIC.

**1239** UNECA, *Politique d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale, op. cit.,* p. 41.

**1240** Voir CNUCED, *La contribution potentielle de la Zone de libre-échange continentale africaine à une croissance inclusive*, Rapport sur le développement économique en Afrique 2021, Genève, 2021, p. 4, disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/aldcafrica2021_fr.pdf , consulté le 13 février 2022.

**1241** Par exemple, le commerce des marchandises de l'UE a représenté 30% du commerce modial en 2019, soit un total de 5670 milliards de dollars. Voir OMC, Principales données sur le commerce mondial en 2019, p. 11, disponible sur https://www.wto.org/french/res_f/statis_f/wts2020_f/wts2020chapter02_f.pdf , consulté le 15 février 2022. Les échanges commerciaux intra- asiatiques sont passés de 50 à 60% entre 2000 et 2020. Voir TESTARD (H.), « L'Asie dans les échanges mondiaux : l'ère des grandes mutations », *Asialyst*, 8 septembre 2021, disponible sur https://asialyst.com/fr/2021/09/08/asie-echanges-mondiaux-ere-grandes-mutations/, consulté le 15 février 2022.

**1242** NGOBENI (T.), « The Relevance of the Draft Pan-African Investment Code (PAIC) in the Light of the Formation of the African Continental Free Trade Area », p. 1, disponible sur

Malgré son champ d'application couvrant aussi bien les investisseurs africains que non africains, les restrictions apportées aux droits des investisseurs par le PAIC n'affecteraient, en réalité, que les investissements intra-africains. L'élargissement du droit de réglementation des États hôtes comme réaction au caractère unidirectionnel du régime international des investissements n'est pas mauvais en soi. Mais, dès lors que l'objectif des États africains est d'encourager les investissements intra-africains, le PAIC prive les investisseurs africains de la générosité dont ont toujours bénéficié les investisseurs étrangers en Afrique[1243].

Peut-être serait-il légitime de se demander si le renforcement du pouvoir réglementaire des États d'accueil n'est pas attentatoire aux intérêts des investisseurs africains. À juste titre, on peut redouter un effet dissuasif des dispositions du PAIC sur ces investisseurs généralement moins nantis que ceux provenant des autres continents. On l'a relevé, ce document a été présenté comme un « agenda protectionniste » ; qu'il devrait plutôt être *« a fair and balanced Code that does not exclusively focus regulatory space and state discretion but also encourages intra-Africa commerce and investment »*[1244]. L'on doit admettre que sur le fondement des TBI et des contrats d'investissement conclus par les États africains, tous les investisseurs ont plus facilement accès aux marchés et aux ressources productives. Ils peuvent également avoir un accès direct à l'arbitrage international alors que cette possibilité est restreinte dans le PAIC.

Les disparités entre investisseurs, quelle que soit leur nationalité, ne pouvait être évitées que si le PAIC était le seul instrument juridique d'investissement qui prévalait dans tous les États africains. À ce propos, un brin de satisfaction peut être exprimé du fait de la prévision, par les rédacteurs du PAIC, d'une disposition invitant les gouvernements africains à s'engager dans le droit ferme en abandonnant définitivement leurs TBI. Aux termes de l'article 3 § 2, *« […] Les États membres peuvent convenir de réviser le présent Code et le rendre contraignant afin qu'il remplace les traités bilatéraux d'investissement intra-africains (TBI) ou les chapitres consacrés aux investissements contenus dans les accords commerciaux intra-africains après un délai qu'ils déterminent ou après l'extinction de ces traités conformément à leurs dispositions pertinentes ».* Néanmoins, cette disposition peut

---

https://www.afronomicslaw.org/2019/01/11/the-relevance-of-the-draft-pan-african-investment-code-paic-in-light-of-the-formation-of-the-african-continental-free-trade-area , consulté le 13 février 2022.

**1243** Won Kidane considère que *« as long as the objective of the Code is to encourage intra-African investment, denying itself the kind of courtesy Africa historically accorded to its Northern investors might be punishing oneself for the perceived wrongs of another ».* KIDANE (W.), « Contemporary Interational Investment Law Trends and Africa's Dilemmas in the Draft Pan-African Investment Code », *op. cit*., p. 572.

**1244** *Idem.*

être confrontée à un obstacle dans la pratique : il s'agit des clauses de survie qui exigent que les contrats ou les TBI soient toujours effectifs jusqu'à une période donnée, même après leur résiliation[1245].

Quoiqu'imparfait, le PAIC s'efforce d'assurer des conditions de protection et de concurrence équitable pour les opérateurs économiques africains et étrangers afin de stimuler le flux des investissements intra-africains. S'il est vrai que l'on espérait mieux dans la réglementation des investissements à l'échelle continentale, le PAIC fait tout de même le minimum, puisqu'il figure parmi les textes qui ont servi de modèles aux négociateurs du protocole de la ZLECAf sur l'investissement.

## SECTION II. LES NOUVEAUTÉS ENVISAGÉES DANS PROTOCOLE DE LA ZLECAF SUR L'INVESTISSEMENT

La première phase du processus d'opérationnalisation de la ZLECAf a permis d'adopter trois protocoles[1246]. La seconde phase, elle, débutée vers la fin de l'année 2019, concerne les négociations sur la propriété intellectuelle, la politique de concurrence et les investissements. Dans le prolongement de la « panafricanisation » normative en matière d'investissement, un Protocole sur l'investissement a été récemment adopté par les chefs d'État africains le 19 février 2023, lors du 36ème Sommet de l'Union africaine à Addis-Abeba, en Éthiopie[1247]. Ce nouvel instrument juridique, qui n'est pas encore entré en vigueur, renferme des nouveautés substantielles **(§ 1)** et prévoit une adoption future de dispositions relatives au règlement des différends **(§ 2).**

---

[1245] NGOBENI (T.), « The Relevance of the Draft Pan-African Investment Code (PAIC) in the Light of the Formation of the African Continental Free Trade Area », *op. cit.,* pp. 1-2.

[1246] Les trois protocoles adoptés au cours de la première phase des négociations sont : le Protocole relatif au commerce des marchandises, celui portant sur le commerce des services et le protocole relatif au règlement des différends.

[1247] Voir EL-KADY (H.) et al., « Le Protocole sur l'investissement de l'Accord portant création de la Zone de libre-échange continentale africaine : que contient-il et quelles sont les prochaines étapes pour le continent ? » *IISD, Investment Treaty News*, 31 mai 2023, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2023/05/31/the-protocol-on-investment-to-the-agreement-establishing-the-african-continental-free-trade-area-whats-in-it-and-whats-next-for-the-continent/, consulté le 7 juin 2023. Voir aussi AU-AFCFTA, « The AfCFTA Investment Protocol : A Potential Game Changer for the African Continent ? », *News*, disponible sur https://au-afcfta.org/2023/05/the-afcfta-investment-protocol-a-potential-game-changer-for-the-african-continent/, consulté le 7 juin 2023.

## § 1. LES NOUVEAUTÉS SUBSTANTIELLES ENVISAGÉES

Le Code panafricain des investissements a pour objectif de *« promouvoir, de faciliter et de protéger les investissements »*[1248]. L'ordre des mots « promouvoir », « faciliter » et « protéger » n'est pas le fruit d'un hasard. Au contraire, il serait un moyen pour les rédacteurs de ce texte de souligner la priorité de la promotion et de la facilitation des investissements. À la suite du PAIC, le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement compte promouvoir, faciliter, retenir, protéger et accroître les investissements[1249]**.** Ce nouveau texte continental voudrait encourager les opportunités d'investissement en se focalisant également sur la promotion et la facilitation des investissements **(A).** Pour ce faire, des dispositions substantielles favorisant le développement durable des États parties ont été adoptées **(B).**

### A. La focalisation sur la promotion et la facilitation des investissements

La promotion et la facilitation des investissements[1250] constituent l'un des « piliers » des réformes du régime africain des investissements envisagées dans le contenu du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement[1251]. Il existe des justifications plausibles à l'emphase sur ces concepts dans le nouveau contexte africain de réglementation des investissements **(1).** Les

---

**1248** Cf. Article 1 du PAIC.

**1249** Article 2 a) du *Protocol on Investment to Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area – Draft*.

**1250** Il y a une corrélation évidente entre promotion et facilitation des investissements. Ces deux notions s'entremêlent et se soutiennent mutuellement, certes. Mais elles ne doivent pas être prises pour des notions jumelles. Elles impliquent en réalité des moyens et des activités très différentes. La promotion des investissements consiste à promouvoir un pays en tant que destination idéale des investissements. Quant à la facilitation, elle exige d'un État d'accueil de mettre tout en œuvre pour que les investisseurs ne soient pas confrontés à des obstacles indus dans l'établissement ou l'expansion de leurs investissements, ou dans la conduite de leurs affaires. GÜVEN (B.), « Promotion et facilitation des investissements », *in* MENDEZ-PARRA (M.), *Négociations sur les investissements de l'AfCFTA: Repères sur les concepts,* op. cit., p.41. Les TBI classiques comportaient depuis toujours un volet « promotion », mais ils sont généralement dominés par le volet « protection ». Leur désignation officielle en espagnol, à savoir *Acuerdos (Bilaterales) de Promoción y de Protección de Inversiones (APPRI),* maintenue jusqu'à aujourd'hui rend compte de cette situation. Voir HINOJOSA MARTÍNEZ (L. M.), « La regulación de los movimientos internacionales de capital y de las inversiones extranjeras », *in* HINOJOSA MARTÍNEZ (L. M.), ROLDÁN BARBERO (F. J.), (coord.), *Derecho internacional económico,* 2ª ed., *op. cit*., p. 308. Le Ministère espagnol de l'industrie, du commerce et du tourisme fournit par ordre alphabétique une liste d'un grand nombre de *« APPRI »* conclus par l'État espagnol. On constate que la dénomination n'a pas changé au fil des années. Site officiel du ministère :https://comercio.gob.es/InversionesExteriores/AcuerdosInternacionales/Paginas/APPRIs.aspx, consulté le 17 février 2022.

**1251** Voir MacLEOD (J.), « Un aperçu du PAIC en relation avec le Protocole d'investissement de l'AfCFTA », *in* MENDEZ-PARRA (M.), (ed.), *Négociations sur les investissements de l'AfCFTA : Repères et concepts,* p. 29, disponible sur https://set.odi.org/wp-content/uploads/2020/06/French-version-investment-training-notes-1.pdf , consulté le 15 février 2022. La Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique fait savoir que *« The addition of promotion and facilitation pillar would make the investment protocol within the AfCFTA more comprehensive, progressive to the benefit of domestic, regional and foreign investors »,* voir CHIDEDE (T.), « Investment facilitation in Africa's Investment Agreements », *Tralac Trade Brief*, 24 march 2021, p. 6, disponible sur https://www.tralac.org/publications/article/15140-investment-facilitation-in-africa-s-investment-agreements.html, consulté le 20 février 2022.

options de fond privilégiées sont celles susceptibles de faciliter à leur concrétisation **(2).** Du fait de son acuité et de son actualité, c'est le concept de « facilitation » qui sera beaucoup plus mis en avant.

## *1. Des justifications plausibles*

Face aux enjeux de la mondialisation des marchés et l'affinité dans les échanges économiques caractérisée par la rivalité entre blocs régionaux, le décloisonnement des économies africaines est une condition *sine qua non* à un développement endogène et à l'émergence d'un pôle continental de croissance inclusive[1252]. Les gouvernants africains l'ont très tôt compris[1253].

L'enthousiasme né de la création de la ZLECAf est à la mesure de la durée d'attente des États africains de voir les jalons d'une « intégration économique complète » posés[1254]. Visant à *« créer un marché unique pour les marchandises et les services facilité par la circulation des personnes afin d'approfondir l'intégration économique du continent africain »* [1255], son entrée en vigueur est, selon l'ancien Chef d'État nigérien et Champion de

---

[1252]GHOUFRANE (A.) et al., « L'espace ZLECAf : clubs de convergence ou trappe d'asymétries ? », *in* BASTIDON (C.), GHOUFRANE (A.), SILEM (A.) (dir.), *Zone de libre-échange continental et intégration africaine,* Paris, L'Harmattan, 2020, p. 13. Adams Bonomo relève également que *« la mejor forma que tienen las pequeñas naciones en desarrollo de sacar partido del flujo de las inversiones extranjeras directas es crear mercados más amplios con otras pequeñas naciones en desarrollo. Por ejemplo, África es un continente con 1.000 millones de personas, pero ese potencial consumidor esta fragmentado en un total de 50 naciones. La mejor forma que tiene África (o cualquier país en desarrollo) de beneficiarse de la IED es juntar a sus consumidores en un gran mercado panafricano ».* BODOMO (A.), *La globalización de las inversiones en África, op. cit.* p. 35.

[1253] Kwame Nkrumah, l'un des fervents défenseurs du panafricanisme, a très tôt compris que : *« Un Marché commun africain, dans l'intérêt des seuls Africains, serait beaucoup plus propre à aider les États d'Afrique. Il présuppose une politique commune de commerce extérieur et intérieur, et doit sauvegarder notre droit de commercer avec qui nous voulons […] La mise en commun de nos investissements actuellement distincts, et qui concernent des projets nationaux semblables entre eux, profiterait plus au développement mutuel. En fait, l'unification totale de l'économie africaine à l'échelle continentale est le seul moyen qu'aient les États africains d'atteindre un niveau qui ressemble à celui des pays industrialisés ».* NKRUMAH (K.), *L'Afrique doit s'unir*, Chap XVII : L'intégration économique et politique : les besoins de l'Afrique, 1964 cité par NANGA (J.), « Zone de libre-échange continental africaine : quel panafricanisme ? », p. 2, disponible sur https://www.cadtm.org/Zone-de-libre-echange-continentale-africaine-Quel-panafricanisme-Partie-1-3 , consulté le 15 février 2022.

[1254] On comprend clairement que la vieille ambition d'érection d'une Communauté économique africaine (CEA) est à l'origine de l'instauration de la ZLECAf par les États membres de l'UA. Le Traité d'Abuja (Nigéria) instituant la Communauté économique africaine (CEA) a été signée le 3 juin 1991. Il concrétise l'Article II de la Charte de l'OUA signée en 1963. La CEA vise deux objectifs principaux : *« promouvoir le développement économique, social et culturel, ainsi que l'intégration des économies africaines en vue d'accroître l'autosuffisance économique et favoriser un développement endogène et entretenu »* ; *« coordonner et harmoniser les politiques entre les communautés économiques existantes en vue de la mise en place progressive de la Communauté »*. Cf. Article 4 § 1 du Traité d'Abuja de 1991. Pour analyse de la CEA, voir MAHIOU (A.), « Communauté économique africaine », *AFDI, Vol. 30, 1993,* pp. 798-819. Pour une analyse plus récente, ILLY (O.), *L'OMC et le régionalisme : Le régionalisme africain*, *op. cit.,* pp. 187-198.

[1255] Article 3 (a) de l'Accord de la ZLECAf ;

la ZLECAf, Mahamadou Issoufou, *« l'événement le plus marquant dans la vie de notre continent depuis la création de l'OUA en 1963 et sa transformation en Union africaine »*[1256]. L'opérationnalisation de la ZLECAf est une importante étape dans la vision panafricaine réitérée dans l'*Agenda 2063* de l'UA pour une *« Afrique intégrée, prospère et pacifique »*[1257]. Selon les prévisions de la CNUCED, elle *« débouchera sur la création d'un marché unique continental comptant plus de 1,3 milliard de consommateurs et cumulant une production annuelle de 2.220 millions de dollars »*[1258].

À l'opposé du célèbre économiste togolais Kako Nubukpo qui déclare ouvertement être *« contre le libre-échange, car c'est la liberté du loup dans la bergerie »*[1259], la CNUCED soutient que la ZLECAf marquera un tournant pour l'Afrique et offrira l'occasion d'intensifier le commerce, l'investissement en Afrique, et d'exploiter stratégiquement les possibilités d'en faire un acteur économique compétitif à l'échelle mondiale[1260]. Le développement durable des États africains prôné par la ZLECAf procède en effet du flux massif des investissements intra-africains et de l'attraction des investissements extra-africains. Centrer le Protocole y relatif sur la facilitation est, par conséquent, justifié.

Les prémices de cette décision se retrouvent dans le PAIC. Toutefois, le mérite revient au Brésil d'avoir esquissé, non sans paraître disruptif, cette nouvelle vision de gouvernance des investissements. En 2015, l'État brésilien a adopté un nouveau modèle d'accord d'investissement moins exigeant sur la protection des investisseurs que sur l'attraction et la rétention des investissements, en misant sur « la coopération et la facilitation »[1261]. Depuis lors, au lieu de conclure des TBI avec les États partenaires, il préfère signer des conventions

---

**1256** Mahamadou Issoufou, Allocution lors du 12 è Sommet extraordinaire sur la ZLECAf à Niamey le 7 juillet 2019. Voir aussi GUELDICH (H.), « L'Accord portant création de la Zone de libre-échange continentale africaine », *in* BEN ACHOUR (R.), GUELDICH (H.) (dir.), *Intégration et régionalisme africain : où en est l'Union africaine aujourd'hui ?*, Actes du Colloque international organisé le 1er novembre 2018, Faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Tunis, 2019, p. 134. Pour des détails d'autres prévisions économiques de la ZLECAf, voir LUKE (D.), « Making the case for the African Continental Free Trade Area », *in* LUKE (D.), MacLEOD (J.) (dir.), *Inclusive Trade in Africa : The African Continental Free Trade Area,* Routledge, 2019, pp. 5-12.

**1257**UA, *Agenda 2063, L'Afrique que nous voulons, op. cit.,* , p. 1.

**1258** Voir GHOUFRANE (A.) et al., « L'espace ZLECAf : clubs de convergence ou trappe d'asymétries ? », *op. cit*., p. 13.

**1259** NUBUKPO (K.), *Une solution pour l'Afrique : du néoprotectionnisme aux biens communs*, Editions Odile Jacob, 2022, p. 27. Au soutien de son opposition au libre-échange prôné par la ZLECAf, le professeur Kako Nubukpo écrit *: « Si la Zlecaf peut se justifier à l'horizon 2063, fixé par le plan d'action de Lagos, une fois les régions africaines intégrées, développées et donc armées face à la concurrence extérieure et entre elles, sa mise en œuvre prévue dès janvier 2021 me paraît tout à fait prématurée ». Ibidem,* p. 45.

**1260** CNUCED, *Rapport sur le développement économique en Afrique*, 2019, Made in Africa, p. 18.

**1261** GÜVEN (B.), « Promotion et facilitation des investissements », *in* MENDEZ-PARRA (M.), *Négociations sur les investissements de l'AfCFTA: Repères sur les concepts, op. cit*., p.45.

d'investissement sur la base de son *Accord de coopération et de facilitation des investissements* (ACFI). Ce nouveau modèle a reçu un accueil favorable dans plusieurs États. Pour preuve, jusqu'au mois de mai 2019, le Brésil a conclu des ACFI avec, au minimum, 10 États, dont quatre africains, à savoir l'Angola, l'Éthiopie, le Malawi et le Mozambique[1262]. Fort de leurs promesses, les ACFI du Brésil ont été régionalisés. Le dernier instrument juridique d'investissement du MERCOSUR, adopté en 2017, a été calqué sur le modèle brésilien. Sa dénomination d'*Accord de Coopération et de Facilitation des Investissements Intra-MERCOSUR*[1263] en dit long sur sa consanguinité avec les ACFI brésiliens.

Le Brésil a choisi d'adapter son cadre juridique d'investissement à ses besoins concrets, en procédant à des consultations et échanges avec le secteur privé, composé d'investisseurs locaux et étrangers, ainsi qu'avec les acteurs du secteur public concernés. Cette étape a permis de recenser les difficultés et les attentes de toutes les parties prenantes dans la régulation des investissements. Les ACFI du Brésil sont, sans nul doute, une réponse pragmatique, voire une alternative aux effets inattendus du dysfonctionnement du système économique international sur l'économie brésilienne[1264].

Par-delà les frontières brésiliennes, l'idée finit par s'imposer que la facilitation des investissements est de nature à garantir rapidement le développement durable. La CNUCED et l'OMC se sont engagées dans l'élaboration de divers documents sur le sujet. Le *Menu d'action globale pour la facilitation des investissements* élaboré par la CNUCED invite les États d'accueil à passer à l'action en vue de la facilitation des investissements pour le développement durable. Le document souligne qu'*« aucune initiative de facilitation de l'investissement ne peut être considérée séparément des programmes d'ensemble des investissements en faveur du développement. Des mesures de facilitation de l'investissement devraient aider à la mobilisation et à l'acheminement de l'investissement vers le*

---

**1262** Voir UNECA, *Next Steps for the African Continental Free Trade Area, Assessing Regional Integration in Africa,* ARIA IX, Addis Ababa, 2019, p. 190. Plus tard, le Maroc a signé cet accord et a porté le nombre d'États africains à cinq.

**1263** La dénomination originale de ce texte d'investissement du MERCOSUR est : Protocolo de Cooperación y Facilitación Inversiones Intra-MERCOSUR. Texte disponible sur https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5548/download , consulté le 20 février 2022.

**1264** MOROSINI (F.), SANCHEZ BADIN (R.), « L'Accord brésilien de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) : un nouveau modèle pour les accords internationaux d'investissement ? », Investment Treaty News, N° 3, vol. 6, Août 2015, p. 3, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/iisd-itn-aout-2015-francais.pdf , consulté le 17 février 2022.

*développement durable »*[1265]. Dans cette veine, l'UE a récemment conclu son tout premier Accord sur la facilitation des investissements durables (AFID), et c'est avec un État africain, l'Angola[1266]. Aux dires de Vladis Dombrovskis, Commissaire de l'UE au commerce, *« cette nouvelle forme d'accord d'investissement favorisera les investissements durables et responsables […] tout en soutenant la transformation climatique et énergétique »*[1267].

Au sein de l'OMC, la 11ème Conférence ministérielle, tenue en décembre 2017 en Argentine, a été l'occasion d'adopter une initiative ministérielle conjointe sur la facilitation pour le développement appelant à des discussions structurées dans le but d'élaborer un cadre multilatéral sur la facilitation des investissements d'ici à la fin de l'année 2022[1268]. Sur les 70 États signataires de cette déclaration, cinq sont africains, à savoir, le Bénin, la Guinée, le Libéria, le Nigéria et le Togo. Cette faible participation des États africains ne doit pas pour autant être perçue comme un manque d'engouement de leur part, en ce qui concerne la facilitation des investissements.

Apparemment, le cadre multilatéral de facilitation des investissements les préoccupe moins que le cadre régional, en ce sens que ces États ont tous manifesté leur désir de faciliter les investissements dans leurs accords régionaux. Ce désir a été confirmé dans un instrument juridique continental contraignant : le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement. Bien imprégnés de l'intérêt acquis par la promotion, et surtout, par la facilitation des

---

[1265] CNUCED, *Menu d'action globale pour la facilitation des investissements,* Genève, 2016, p. 5, disponible sur https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/Action%20Menu%2001-12-2016%20FR.pdf , consulté le 18 février 2022.

[1266] Conclu en novembre 2022, l'AFID, tout premier accord européen de ce type, a pour but de *« faciliter l'attraction et l'expansion des investissements tout en intégrant des engagements en matière d'environnement et de droits du travail dans la relation UE – Angola ».* IISD, « L'UE et l'Angola concluent un accord de facilitation des investissements durables, le premier accord européen de ce type », *Nouvelles,* 26 décembre 2022.

[1267] UE, « L'Union européenne (UE) et la République d'Angola entament des négociations en vue du tout premier accord sur la facilitation des investissements durables », *Communiqué de Presse*, Commission européenne, 22 juin 2021, disponible sur https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_21_3096 , consulté le 18 février 2022.

[1268] OMC, « Les négociateurs chargés de la facilitation de l'investissements reprennent leurs travaux en vue d'une conclusion d'ici à la fin de l'année 2022 », *Nouvelles*, 27 janvier 2022, disponible sur https://www.wto.org/french/news_f/news22_f/infac_27jan22_f.htm , consulté le 17 février 2022. Pour une analyse de l'évolution des discussions dans le cadre de l'OMC, voir BALIŇO (S.) et al., *Facilitation des investissements : historique et évolution récente des discussions structurées*, Publications IISD, Janvier 2020, 30 p, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/facilitation-%20investissements.pdf , consulté le 17 février 2022 ; BALIŇO (S.) et al., *L'initiative conjointe sur la facilitation de l'investissement : éléments nouveaux depuis 2020 et feuille de route en vue de la CM12,* Publications IISD, Avril 2021, 32 p., disponible sur https://www.iisd.org/system/files/2021-06/joint-initiative-investment-facilitation-fr.pdf , consulté le 17 février 2022.

investissements ces dernières années, les négociateurs du Protocole y ont intégré de pertinentes dispositions portant sur ces questions.

## *2. Les orientations substantielles*

La ZLECAf, désormais le plus vaste espace commercial au monde depuis la création de l'OMC, est qualifiée de *« economic game changer »*[1269] par les institutions de Bretton Woods. Pour l'heure, ce titre n'est pas démérité. Néanmoins, l'effectivité des changements attendus sera fortement tributaire de l'efficience de certains principes, tels que la liberté d'établissement et la liberté de circulation des capitaux. Théoriquement, ces deux principes constituent le socle de la liberté d'investir qui, à terme, favorise l'édification d'un marché intérieur[1270]. C'est l'enseignement qu'on peut tirer du droit de l'UE, en étudiant les articles 49 et 63 du Traité portant sur son fonctionnement de (TFUE)[1271]. Si l'UE est, selon le professeur Luis Hinojosa Martinez, l'espace d'intégration régionale le plus avancé en matière financière, par l'octroi de la liberté de circulation des capitaux à ses États membres, il est incontestable que la liberté d'établissement constitue également une obligation indispensable à la construction d'un marché unique[1272]. Sur cette base, c'est de bon droit que la ZLECAf envisage de *« contribuer à la circulation des capitaux et des personnes physiques et faciliter les investissements »*[1273].

De la protection « hypertrophiée » des investissements, le régime africain des investissements migre aujourd'hui vers leur promotion et leur facilitation. L'analyse des récents instruments juridiques d'investissement adoptés par les organisations régionales africaines a permis de remarquer cette évolution[1274], laquelle s'est renforcée dans le

---

**1269** C'est le FMI qui a ainsi dénommé la ZLECAf.

**1270** MENETREY (S.), « Droit international des investissements et droit de l'Union européenne », *in* LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international de l'investissement et de l'arbitrage transnational, op. cit*., pp. 613-614.

**1271** L'article 49 du TFUE se rapportant à la liberté d'établissement stipule que *« […] les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre […] »*. Aux termes de l'article 63 concernant la liberté de circulation des capitaux, *« […] toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres sont interdits […] ».*

**1272** HINOJOSA MARTÍNEZ (L. M.), « La regulación de los movimientos internacionales de capital y de las inversiones extranjeras », *in* HINOJOSA MARTÍNEZ (L. M.), ROLDÁN BARBERO ( J.), (coord.), *Derecho internacional económico,* 2ª ed., *op. cit*., p. 303.

**1273** Article 3 (c) de l'Accord de la ZLECAf.

**1274**La CNUCED révèle que sur le plan national, les États continuent à accorder plus d'attention à la promotion des investissements. Même ceux qui prévoient des politiques visant tant la promotion que la facilitation des investissements consacrent la majeure partie des mesures à la « promotion » en dressant une longue liste de mesures incitatives. Sur le plan international, notamment dans le cadre des accords internationaux d'investissement, les mesures de facilitation ne sont pas répandues. Elles sont encore très faibles. Ce constat est avéré en Afrique. CNUCED, *Menu d'action globale pour la facilitation des investissements,* Genève, 2016,

Protocole de la ZLECAf sur l'investissement. Ce texte, qui apporte des nouveautés dans l'attraction des investissements, exige que les États africains encouragent *« les investissements qui contribuent à l'égalité des sexes, à l'autonomisation des femmes, des jeunes et des personnes handicapées »*[1275].

Sachant qu'il a toujours existé plusieurs barrières administratives à la facilitation effective des investissements[1276], les négociateurs du Protocole ont prévu des dispositions allégeant les règles et les procédures administratives d'établissement. En vertu de l'Article 7 § 3 du Protocole, *« [l]es États parties sont encouragés à rationaliser les procédures et les exigences administratives en matière d'investissement, à mettre en place des mécanismes de facilitation de l'entrée des entreprises, y compris la création de guichets uniques, de services de suivi et de numérisation des procédures de facilitation des affaires »*[1277]. Cela consiste à promouvoir l'accessibilité des règlements et procédures administratives relatives aux opérations d'investissement. Le traitement des dossiers des investisseurs ou des potentiels investisseurs avec célérité et la simplification des procédures administratives s'imposent à cet effet.

Dans son *Rapport sur la gouvernance en Afrique II,* rendu public en 2009, la Commission Économique des Nations Unies pour l'Afrique a signalé que le cadre réglementaire et institutionnel de la majorité des États africains souffre de nombreuses anomalies qui affectent profondément la qualité de leur gouvernance des investissements. Il s'agit, entre autres, de la complexité et du caractère onéreux des procédures administratives, rendant pénible la mise en œuvre des contrats d'affaires[1278]. Constituant un handicap sérieux aux mouvements de capitaux et à la liberté d'établissement dans les États africains, cette situation a été prise en considération par le Protocole. Dans le dessein de limiter et d'éliminer les exigences réglementaires déroutantes et dissuasives, le texte fait appel aux États parties

---

pp. 4-5, disponible sur https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/Action%20Menu%2001-12-2016%20FR.pdf , consulté le 18 février 2022. Néanmoins, les récents accords d'investissement de la CAE, du COMESA et de la CEDEAO reflètent un effort considérable des gouvernants de ces CER. Le PAIC s'est voulu plus ambitieux en intégration plusieurs dispositions liées à la facilitation des investissements.

**1275** Traduction personnelle. Cf. Article 6 (g) du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area – Draft.*

**1276** Voir EMERY (J. J.) et al., *Administrative Barriers to Foreign Investment: Reducing Red Tape in Africa*, Foreign Investment Advisory Service, IFC, The World Bank, 2000, p. 15.

**1277** Traduction personnelle. Article 7 § 3 du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area – Draft.*

**1278**UNECA, *Rapport sur la gouvernance en Afrique II*, Addis-Abeba, 2009, pp. 2-19, disponible sur https://repository.uneca.org/bitstream/handle/10855/15511/bib.%2062085.pdf?sequence=1&isAllowed=y , consulté le 08 décembre 2020.

de faciliter l'octroi de visas et de permis aux travailleurs étrangers, employés et consultants désignés par l'investisseur[1279].

Il convient de préciser que la facilitation des investissements est étroitement liée à l'efficacité de l'administration publique des États d'accueil. Des agences de promotion des investissements à l'administration fiscale en passant par les services des douanes, les réglementations relatives aux investissements et le traitement des dossiers y relatifs, doivent être de nature à rassurer les investisseurs. Les procédures administratives en matière d'investissement ne sont pas indésirables. Elles sont au contraire indispensables à la régulation des marchés nationaux et à la collecte des informations liées aux recettes fiscales et douanières générées. Elles sont, en revanche, susceptibles de constituer un fardeau pour les investisseurs si le professionnalisme et l'intégrité ne sont pas de mise dans les services administratifs qui s'en chargent[1280].

La diffusion d'informations claires et actualisées sur les possibilités d'investissement dans les États d'accueil, autant que la publication de toutes réglementations relatives aux investissements, contribuent à la facilitation des investissements. Sur ce plan, le Protocole de la ZLECAf impose une coopération technique et une collaboration entre les organes intervenant dans ce secteur[1281]. Ceux-ci sont tenus d'instaurer des mécanismes permettant de communiquer, en temps opportun et de manière adéquate, sur les changements intervenus dans les normes et les procédures relatives aux investissements[1282]. L'inclusion de la facilitation des investissements dans le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement est salutaire, en ceci qu'il pourrait contribuer à la suppression des obstacles administratifs dans les États africains.

Il est néanmoins regrettable que les négociateurs du Protocole sur l'investissement n'aient pas ajouté des dispositions fermes exigeant la transparence dans les procédures

---

**1279** Inspiré de l'article 35 du PAIC, l'article 7 § 2 du Protocole sur l'investissement énonce que *« State Parties shall, subject to their respective national laws and regulations, facilitate the granting of visas and permits to foreign workers, employees and consultants as designated by the investor ».*

**1280** JACOBS (S.), COOLDIGE (J.), *Reducing Administrative Barriers to Investments. Lessons Learned,* World Bank Publications, 2006, p. 8.

**1281** Article 7 § 4 du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free trade Area – Draft.* Les agences de promotion des investissements des États africains doivent jouer un rôle prépondérant à cet égard. Si leur mission principale est de promouvoir les investissements, elles doivent désormais s'intéresser davantage à leur facilitation en établissant un guichet unique en leur sein en vue d'offrir des services administratifs plus efficaces et rapprochés en faveur des investisseurs. Cela dit, c'est avec beaucoup de satisfaction que l'on a accueilli l'opérationnalisation par l'État togolais de l'Agence de Promotion des Investissements et de la Zone Franche (API-ZF) à la suite de la création historique d'un département ministériel chargé de la promotion des investissements en novembre 2020.

**1282** CNUCED, *Menu d'action globale pour la facilitation des investissements, op. cit.*, p. 8 et suiv.

administratives précédant l'établissement des investissements[1283]. La transparence est, à cette étape, l'une des obligations les plus importantes de la promotion et à la facilitation des investissements. Le *Facility for Investment Climate Advisory Services (FIAS)* de la Société Financière Internationale (SFI) a démontré que dans les pays en voie de développement, *« the resulting overly complex, multilayered, arbitrary, and interventionist administrative and regulatory environments make it almost impossible to create a transparent and predictable business environment »*[1284]. L'investissement étranger étant une activité à hauts risques, les opérateurs économiques ont besoin de sécurité juridique. Si le droit n'est pas une garantie pour les éradiquer, il doit tout de même y répondre en exigeant la transparence des États d'accueil dans les politiques, les règlementations et les procédures relatives aux investissements.

Si l'action administrative des États d'accueil, au nom de leur pouvoir de réglementation n'est pas canalisée, elle pourrait décourager les investisseurs et obstruer les flux des investissements. Bien des différends entre investisseurs et États ont été générés par le caractère arbitraire de certaines décisions administratives[1285]. L'Affaire *Técnicos Medioambientales (Tecmed) SA c. Mexique* illustre parfaitement ce risque[1286]. Le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement aurait pu enjoindre expressément aux agences de promotion des investissements (API) d'agir de manière à ne pas entraver les opérations d'investissement.

Les dispositions portant sur la promotion et la facilitation prévues par le Protocole sont aussi novatrices que celles qui réitèrent le devoir des investisseurs de contribuer au développement durable des États d'accueil.

---

**1283** Il est vrai que le Protocole sur l'investissement prévoit « un traitement administratif et judiciaire » au bénéfice des investissements (Cf. Article 17). Toutefois, il aurait été intéressant de prévoir une disposition exigeant la transparence dans la conduite des agents administratifs chargés de faciliter l'installation des investisseurs sur le territoire de l'État d'accueil.

**1284** *Ibidem*, p. 9.

**1285** STONE (J.), « Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard and International Investment Law », *Leiden Journal of International Law,* March 2012, p. 77.

**1286** Dans la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Técnicos Medioambientales (Tecmed) SA c. Mexique,* le tribunal arbitral a considéré que *« the principle that the State's exercice of its sovereign powers within the framework of its policy power may cause economic damage to those subject to its powers as administrator without entitling them to any compensation whatsoever is undiputable ».* CIRDI, *Técnicos medioambientales (Tecmed) AS c. Mexique*, *Affaire* n°ARB (AF)00/2, 29 mai 2003, note 121, § 119, disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf, consulté le 19 février 2022.

## B. La réitération du devoir de promouvoir le développement durable par les investissements

Le PAIC, riche de ses dispositions mettant le développement durable au centre de ses préoccupations, a dû inspirer, comme prévu, le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement. Cette réalité apparaît dans certaines orientations prises par les États africains dans le nouveau texte continental de réglementation des investissements : les normes de protection des investisseurs ont été clarifiées et assorties d'exceptions[1287], le droit de réglementation des États d'accueil[1288] et les obligations des investisseurs ont été réitérés[1289]. Cependant, contrairement aux textes précédents, le Protocole sur l'investissement est plus exhaustif. De manière très originale, il prévoit des incitations aux « investissements durables » **(1).** Il énonce aussi des mesures conciliant « investissement » et « changement climatique ». Il s'agit là d'une nouveauté **(2).**

### *1. La prévision d'incitations aux « investissements durables » : une particularité*

Dans le souci de *« répondre aux besoins du présent sans compromettre ceux des générations futures »*[1290], les États africains ont la possibilité de créer des conditions et des incitations en vue d'encourager les investissements dans les biens et les services durables. Ils peuvent en effet servir de catalyseurs à l'investissement durable des fonds privés. La création d'un environnement favorable aux investissements durables s'opère également par l'introduction des mesures d'incitation dans les grandes orientations de politique

---

**1287** Le Chapitre 3 du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement (Article 12 à 23) a été consacré aux standards de protection des investisseurs. Il convient toutefois de préciser que contrairement au PAIC qui a totalement omis le standard du traitement juste et équitable, le Protocole de la ZLECAf n'a fait que limiter sa portée. Les négociateurs du nouvel instrument continental ont préféré ne réserver qu'un *« Administrative and Judicial Treatment »* (traitement administratif et judiciaire) aux investisseurs et à leurs investissements, reprenant peu ou prou les dispositions du Modèle de TBI de la SADC et de l'Accord révisé du COMESA portant sur les investissements. Aux termes de l'article 17 de ce texte, *« Each State Party shall ensure that, in administrative and judicial matters, investors and investments of another State Party are not subject to treatment which constitutes a fundamental denial of justice in criminal, civil and administrative proceedings, an evident denial of due process, a manifest arbitrariness, a discrimination based on gender, race or religious beliefs, or an abusive treatment in administrative and judicial proceedings ».* En outre, le Protocole de la ZLECAf prévoit une protection et une sécurité physique (Physical Protection and Security) en faveur des investisseurs et de leurs investissements. Lire Article 18 du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free trade Area – Draft.*

**1288** Lire Article 24 et suivants du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free trade Area – Draft.*

**1289** Le Chapitre 4 du Protocole sur l'investissement est dédié aux droits des États d'accueil de réglementer dans le souci de promouvoir leurs objectifs de développement durable. Les obligations des investisseurs sont énumérées au Chapitre 5 (Article 31 à 40) du même texte.

**1290** Ce sont quelques mots utilisés dans le rapport Brundtland sur le développement durable datant de 1987 pour définir la notion de « durabilité ».

économique (GOPE), les législations et les programmes existants sur le plan national et régional[1291].

Conscients du rôle des investissements dans la réalisation des objectifs de développement durable en Afrique, les rédacteurs du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement y ont inséré la faculté pour les États d'accueil de prévoir des mesures pour les attirer. Ceux-ci *« may introduce incentives in order to attract, retain and expand investments that foster sustainable development of State Parties »*[1292]. Il peut s'agir d'incitations financières et fiscales, telles que des assurances et des garanties sur les investissements, des subventions ou des prêts à des taux préférentiels[1293]. La subvention des infrastructures et des services offerts par les investisseurs et l'octroi de marchés préférentiels sont des mesures incitatives susceptibles d'être prises par les États africains[1294].

Afin d'encourager des investissements spécifiques en Afrique, en particulier dans les secteurs liés à la réalisation du développement durable, des mesures d'incitation axées sur le développement pourraient être adoptées par les États membres de la ZLECAf[1295]. Les avantages de l'intégration continentale, manifestée par la création de ce nouvel espace économique, devraient être complétés par un investissement massif dans les infrastructures, comme l'énergie et les transports. L'énorme déficit d'infrastructures dont l'Afrique souffre ne peut être atténué que par l'attraction des investissements dans ces secteurs incontournables, lorsqu'il est question de promouvoir le développement durable.

Dans une perspective illustrative, les investissements « durables » dans les transports permettraient de créer les liens transfrontaliers nécessaires sur le continent[1296]. Investir durablement dans les transports implique notamment des investissements dans les infrastructures. Il va falloir entreprendre une recherche active des meilleures manières de garantir la mise au point de modes de transport favorables à l'inclusion sociale, et

---

**1291** BUREAU EUROPEEN DE L'ENVIRONNMENT, *Manifeste pour l'investissement durable : investir dans un avenir durable,* p. 2, disponible sur https://www.etuc.org/sites/default/files/ManifestoforSustainableInvestment-FR_2.pdf, consulté le 3 mars 2022.

**1292** Article 8 § 1 du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free trade Area – Draft.*

**1293** Article 8 § 1 a) et e) du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free trade Area – Draft.*

**1294** Article 8 § 1 b) du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free trade Area – Draft.*

**1295** Article 8 § 1 c) du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free trade Area – Draft.*

**1296** LARYEA (E. T.), FABUSUYI (O. O.), « Africanisation of International Investment Law for Sustainable Development : Challenges », *op. cit*., p. 53-54.

respectueux de l'environnement[1297]. Pour avoir réussi à attirer l'investisseur indien, concepteur des motocycles électriques *Mauto* très prisés par leurs populations respectives, le Togo et le Bénin sont des pays modèles en la matière.

En outre, des incitations pouvant attirer des investissements durables dans les domaines de la technologie et de la recherche sont une option pour les États africains[1298]. Envisager la transmission des connaissances par les investisseurs, à travers le transfert de technologie et l'assistance technique[1299], pourrait être d'un grand secours pour les États d'accueil. À cette fin, il importe de prendre des mesures ciblant les investisseurs dotés de ressources financières importantes et disposant de compétences techniques avérées. Pareille démarche est impérieuse, puisque *« without sustained investment flows and effective technology transfer, it may be difficult to achieve emission reduction at a significant scale »*[1300].

Aux termes du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement, les États africains sont, de surcroît, autorisés à adopter des mesures incitatives spécifiques au bénéfice des investissements à faible émission de carbone[1301]. Ces mesures peuvent concerner, entre autres, la réduction ou l'élimination des barrières administratives et fiscales aux investissements à faible émission de carbone, la subvention et l'octroi de garanties à cette catégorie d'investissements, la satisfaction rapide ou immédiate aux demandes d'enregistrement ou de visa, et aux doléances des investisseurs[1302].

Les mesures d'incitation introduite dans ce Protocole sont dictées par la volonté d'amélioration quantitative et qualitative des investissements dans les pays africains. Elles sont capables d'encourager les investisseurs à adopter un comportement responsable dans la

---

**1297** Les transports non durables sont les principaux responsables du changement climatique et présentent un impact social négatif considérable. Voir BUREAU EUROPEEN DE L'ENVIRONNEMENT, *Manifeste pour l'investissement durable : investir dans un avenir durable, op. cit.,* p. 5.

**1298** Parmi ce type d'incitations, le Protocole sur l'investissement mentionne : *« incentives for technology, technical assistance, technology transfer, and research and development ».* Article 8 § 1 d) du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free trade Area – Draft.*

**1299** L'assistance technique et la collaboration technique ne doivent pas être confondue. La première voie accompagne généralement le transfert de technologie, alors que la seconde a pour objet de *« de faciliter et d'accélérer la formation des techniciens, des cadres administratifs et des gestionnaires des pays en développement par le moyen de conseils donnés par des spécialistes de pays développés ou de pays en développement plus avancés ».* Voir CASSAN (H.), MERCURE (P-F.), BEKHECHI (M. A.), *Droit international du développement, op. cit.*, p. 313.

**1300** INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, Synthesis Report, 2007, p. 68. Disponible sur https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/ar4_syr_full_report.pdf , consulté le 18 septembre 2022.

**1301** Article 8 § 1 f) du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free trade Area – Draft*

**1302** MARSHALL (F.) et al., *Climate change and international investment agreements: obstacles or opportunies?*, IISD Analysis, March 2010, pp. 16-22.

conduite de leurs affaires[1303] et présentent un intérêt stratégique pour leurs initiateurs. Leur harmonisation, avec l'aide du Secrétariat de la ZLECAf, serait bénéfique aux États membres[1304].

Dès le préambule, le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement a souligné l'importance de la durabilité dans les opérations d'investissement. Répété dans les objectifs et dans les dispositions substantielles, ce critère est central dans le développement auquel les États africains aspirent. Seuls les investissements « durables », soucieux des conséquences du changement climatique, ont la possibilité d'y contribuer.

### *2. La conciliation « investissement » et « changement climatique » : une nouveauté*

Le changement climatique est une question pluridisciplinaire[1305], commandant une action normative à conduire à l'échelle universelle. Sa régulation s'inscrit donc dans un mouvement holistique et épistémologique, auquel l'Afrique ne saurait se dérober, quel que soit le domaine d'intervention[1306]. En effet, la position commune des États africains dans la gouvernance des investissements reflète leur désir renouvelé de voir leurs objectifs de développement durable se matérialiser. Elle sous-tend les textes d'investissement adoptés par les CER. Celles-ci se sont employées à y intégrer des considérations environnementales. Il s'agit toutefois d'une contribution en demi-teinte, si l'on y cherche les clauses tenant compte de la recrudescence des effets du changement climatique. L'impératif d'agir efficacement pour le climat[1307] a requis davantage d'efforts de leur part des États africains.

Avec l'opérationnalisation de la ZLECAf, ces derniers ont décidé de concevoir un cadre juridique d'investissement obéissant à leurs objectifs de lutte contre le changement

---

**1303** Article 8 § 1 g) du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free trade Area – Draft.*

**1304** Le Protocole énonce que *« State Parties may harmonise incentive policies for investments that are of strategic interest to such State Parties with assistance of the AfCFTA Secretariat ».* Article 8 § 2 du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free trade Area – Draft.*

**1305** TORRE-SCHAUB (M.), « Le réchauffement climatique : une question pluridisciplinaire »*, Cahiers Droit, Sciences & Technologies,* Droit et Climat*,* CNRS Editions, N°2, 2009, p. 13.

**1306** BOISSON DE CHAZOURNES (L.), « Le droit et l'universalité de la lutte contre les changements climatiques », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies,* Droit et Climat*,* CNRS Editions, N°2, *2009, p. 29.*

**1307** Voir CHICOT (P-Y.), « La conceptualisation d'un droit général de lutte contre les changements climatiques : une approche de théorie du droit par l'éthique », *in* COURNIL (Ch.), COLARD-FABREGOULE (C.), *Changements climatiques et défis du droit*, Actes de la journée d'études du 24 mars 2009, Université Paris Nord 13, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 392-395.

climatique, et essentiellement tourné vers la promotion et la facilitation des investissements durables. Ce faisant, ils ont essayé de concilier l'inconciliable[1308].

Les activités des investisseurs peuvent constituer une « action pour le climat » ou une « action contre le climat ». Il convient de les distinguer en vue d'identifier la nécessité de les encourager ou de les décourager[1309]. La promotion et la facilitation des investissements préconisées par le Protocole sur l'investissement ne devraient être accordées qu'aux investissements véritablement « verts » [1310]. Les États membres de la ZLECAf sont dès lors tenus d'encourager les investissements qui soutiennent les actions visant à atténuer les émissions de gaz à effet de serre et les mesures d'adaptation aux effets négatifs du changement climatique, ainsi que ceux qui appuient les initiatives propices au financement des programmes régionaux d'adaptation et d'atténuation du changement climatique[1311].

En outre, la promotion et la facilitation exigées par le Protocole concernent *« les investissements utiles à une transition juste et équitable dans des secteurs tels que les énergies renouvelables, les technologies à faible émission de carbone, par l'adoption de cadres politiques propices au transfert et au déploiement de technologies et de biens et services respectueux du climat, en tenant compte des contraintes socio-économiques, en particulier celles liées à la transition de la main-d'œuvre »*[1312]. Le défi de la transition énergétique est bien présent dans l'instrument juridique continental alors qu'il faisait défaut dans les textes adoptés par les CER. La transition des investissements à forte émission de carbone vers des investissements « verts » est progressivement observée[1313].

---

**1308** Certains auteurs ont démontré que *« International Investment Law (IIL) and International Climate Change Law (ICL) are two fundamentally misaligned regimes […] International Investment and climate change regimes thus raise questions that appear fundamentally at odds ».* AKINKUGBE (O. D.), MAJEKOLAGBE (A.), « International Investment Law and Climate Justice : The Search for A Just Green Investment Order », *Fordham International Law Journal*, Vol. 46, N°2, 2023, pp. 171-172.

**1309** UNCTAD, IIED, « International Investment Agreements and Climate Action », *Policy brief based on a UNCTAD-IIED joint Webinar*, 4 february 2022, p. 2, disponible sur https://unctad.org/system/files/non-official-document/IIED_UNCTAD_IIAs_climate_action.pdf , consulté le 20 septembre 2022.

**1310** Voir VIÑUALES (J.) et al., « OECD Consultation on Investment Treaties and Climate Change : Response Paper », *in* OECD, *Investment Treaties and Climate Change*, OECD Public Consultation, January-March 2022, p. 42, disponible sur https://www.oecd.org/investment/investment-policy/OECD-investment-treaties-climate-change-consultation-responses.pdf , consulté le 21 septembre 2022.

**1311** Article 26 § a) et b) du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free trade Area – Draft.*

**1312** Traduction personnelle. Cf. Article 26 § c) du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free trade Area – Draft.*

**1313** CONDON (B. J.), SINHA (T.), « Le rôle du droit économique international dans la lutte contre le changement climatique », pp. 129-132, disponible sur https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/cmark_chap8_f.pdf, consulté le 22 septembre 2022.

Parmi les nouveautés introduites dans le Protocole de la ZLECAf, et qui en fait un instrument juridique d'investissement sophistiqué et prometteur, il y a l'encouragement et la facilitation de nouveaux régimes d'investissement, tels que les Zones économiques spéciales à faible ou à zéro émission de carbone. Figurent aussi sur la liste, les investissements aptes à atténuer les effets du changement climatique sur les ressources naturelles épuisables, comme l'eau douce et la diversité biologique[1314].

Réagissant au défi du changement climatique, le Protocole sur l'investissement affirme par ailleurs le droit des États africains d'adopter des mesures de politiques publiques relatives à l'action climatique. Les exceptions prévues aux normes de protection des investisseurs englobent cette thématique d'intérêt vital[1315]. Qui plus est, l'inclusion des termes « dans des circonstances similaires » à l'article 12 portant sur le traitement national, permet aux États d'accueil d'établir une discrimination entre différents investisseurs et investissements sur la base de caractéristiques qui ne sont pas liées à la nationalité. À titre d'exemple, pour encourager la production d'énergies renouvelables, les États sont habilités à traiter les investisseurs dans ce secteur plus favorablement que les investisseurs engagés dans la production de combustibles fossiles[1316].

La référence à l'Accord de Paris et à la Convention Cadre des Nations Unies sur le Changement climatique n'est pas explicite dans le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement. Mais le fait que ce texte demande aux États parties de prendre les dispositions susmentionnées *« [i]n accordance with their domestic climate change policies, the principle of Common but Differentiated Responsibilities, and relevant international climate change instruments »*[1317] sous-entend des engagements pris au titre de ces documents-phares.

Une autre option pour « sauver » le climat par les investissements aurait été de denier expressément certains avantages aux investisseurs exerçant des activités à forte émission de carbone. Le *Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and*

---

**1314** Article 26 d) et e) du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free trade Area – Draft.*

**1315** Cf. Article 13, Article 15 et Article 20 du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free trade Area – Draft.*

**1316** EL-KHADY (H.) et al., « Le Protocole sur l'investissement de l'Accord portant création de la Zone de libre-échange continentale africaine », *op. cit*., p. 5.

**1317** Article 26 du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free trade Area – Draft.*

*Adaptation*[1318] renferme une disposition exemplaire à ce propos. Ce guide d'orientation recommande que *« All bilateral, regional and multilateral investment treaties to which Parties to this Treaty are the sole parties are hereby amended so as to exclude Unsustainable Investors and their investments from the scope of application of those treaties and to deny them access to investor–State dispute settlement procedures under those treaties »*[1319]. Certains auteurs considèrent, à raison, que les textes d'investissement doivent dorénavant contenir des *« incitations négatives »*[1320] aux investissements qui, bien qu'ils soient juridiquement valables, ont un impact négatif sur les objectifs climatiques des États d'accueil.

Bien qu'il fasse fond sur les résultats de décennies de réformes du régime juridique des investissements en Afrique et ailleurs, le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement a marqué sa singularité par l'intégration de dispositions tendant à l'élimination des conséquences de la crise climatique sur les investissements et, par ricochet, sur le développement durable des États africains. Rares sont les instruments juridiques d'investissement qui placent l'action climatique au centre de leurs préoccupations comme l'a fait les rédacteurs de ce texte. Curieusement, s'agissant des mécanismes de résolution des différends relatifs aux investissements, ces derniers ne sont pas encore parvenus à s'entendre.

## § 2. LES AVANCÉES PROCÉDURALES ESPÉRÉES

Au cours des négociations du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement, les questions procédurales ont constitué un véritable casse-tête au comité de rédaction. Ce qui l'a amené à énoncer les règles et procédures régissant la prévention, la gestion et le règlement des différends dans une annexe. La clause de rendez-vous incluse dans le Protocole oblige les États parties à négocier cette annexe sur le règlement des différends en temps voulu et dans les délais impartis[1321]. Le nouveau texte panafricain d'investissement privilégie le recours

---

[1318] Le *Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation* est disponible sur https://martinbrauch.files.wordpress.com/2022/04/treaty-on-sustainable-investment-for-climate-change-mitigation-and-adaptation.pdf, consulté le 20 octobre 2022.

[1319] Cf. Article 2 § 5 du Model Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation.

[1320] VAN AAKEN (A.), BROUDE (T.), « Ways of Reforming International Investment Agreements to make them Compatible with Climate Change Goals », *in* OECD, *Investment Treaties and Climate Change, op. cit.* , p. 3.

[1321] L'Article 46 § 3 du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement dispose que *« Les règles et procédures régissant la prévention, la gestion et le règlement des différends couverts par le présent protocole sont énoncées dans une annexe au présent protocole. L'annexe doit être négociée après l'adoption du présent protocole par la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine et finalisée dans un délai*

aux voies amiables de règlement des différends, si les parties échouent à les prévenir[1322]. Toutefois, la possibilité que le mécanisme de RDIE soit introduit dans l'annexe envisagée ne doit pas être exclue **(A).** Dans cette hypothèse, le mécanisme des demandes reconventionnelles serait prévu au profit des États d'accueil **(B).**

## A. La prévision probable du mécanisme de RDIE

Un Protocole sur les Règles et Procédures relatives au règlement des différends a été adopté par les États africains parties à l'Accord de la ZLECAf[1323]. Dès lors, les dispositions pertinentes de ce texte s'appliqueront aux consultations et au règlement des différends entre États parties concernant l'interprétation et l'application du Protocole sur l'investissement[1324]. Relativement au règlement des différends entre un investisseur, ressortissant d'un État partie, et un État d'accueil, membre de la ZLECAf, bien des facteurs laissent croire que, sous réserve de quelques conditions **(2)**, les investisseurs seront autorisés à accéder à l'arbitrage international **(1).**

### *1. Les facteurs explicatifs*

Les États africains entretiennent avec le mécanisme de RDIE un rapport ambigu d'amour et de désamour. Pendant qu'ils affirment leur désenchantement à l'égard de ce système, la plupart d'entre eux continuent à l'adopter comme mode prioritaire de règlement de leurs différends avec les investisseurs étrangers. C'est pourquoi, alors qu'il règne une sorte d'incertitude quant à l'inclusion du mécanisme de RDIE comme mode de règlement

*de 12 mois au plus tard à compter de la date d'adoption du présent protocole. L'annexe, une fois adoptée par la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine d'État et de gouvernement de l'Union africaine, fera partie intégrante du présent protocole ».* Traduction personnelle.

**1322** Aux termes de l'Article 45 du Protocole sur l'investissement, les États parties sont tenus de faciliter la prévention des différends et la gestion des plaintes relatives aux investissements par le biais d'organes compétents. Conformément à l'Article 46 § 1, *« En cas de différend entre un investisseur d'un État partie et un État d'accueil concernant une violation présumée du présent protocole, l'investisseur et l'État d'accueil s'efforcent d'abord de résoudre le différend à l'amiable par des consultations, des négociations, la conciliation, la médiation ou d'autres mécanismes de résolution des différends à l'amiable disponibles dans l'État d'accueil ou d'autres mécanismes de règlement des différends à l'amiable disponibles dans l'État d'accueil ».* Traduction personnelle.

**1323** Ce Protocole s'applique aux différends qui pourraient survenir entre les États parties concernant leurs droits et obligations consignés dans l'Accord de la ZLECAf. Pour approfondissement, Voir AKINKUGBE (O. D.), « Dispute Settlement under the African Free Trade Area », *in* RUIZ FABRI (H.), *Max Planck Encyclopedia on International Procedural Law*, Oxford University Press, 2021, 18 p. Voir aussi MUIGUA (K.), « Investment-Related Dispute Settlement under African Continental Free Trade Agreement : Promises and Challenges », 16 p, disponible sur http://kmco.co.ke/wp-content/uploads/2020/06/Investment-Related-Dispute-Settlement-under-the-African-Continental-Free-Trade-Agreement-Promises-and-Challenges-Kariuki-Muigua-June-2020.pdf , consulté le 22 février 2022.

**1324** Cf. Article 44 du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing an African Continental Free Trade Area – Draft.*

des différends dans l'annexe au Protocole de la ZLECAf sur l'investissement[1325], l'on ose croire que ce système sera retenu. Cette position découle essentiellement de l'option donnée par le PAIC aux États membres de l'UA concernant les modes de résolution des différends d'investissement. Ce texte énonce en effet que *« les États membres peuvent, en conformité avec leurs politiques nationales, accepter d'utiliser les mécanismes de règlement de différends entre investisseur et État »*[1326]. On ne saurait exclure que l'influence de ce texte sur les négociateurs du Protocole de la ZLECAf pourrait se jouer également à ce niveau et ce, à plus d'un titre.

D'abord, le mécanisme de RDIE, quoique décrié en Afrique, pourrait être prévu pour des besoins liés à la sécurité juridique des investissements dans les États hôtes. Notons que cette sécurité juridique recherchée a pour corollaires, l'accessibilité du droit, la stabilité du droit et surtout la prévisibilité du droit. Un auteur africain écrit que *« l'arbitrage transnational reste un instrument de garantie de la sécurité juridique des investissements étrangers. Cette sécurité juridique qui est la seule à même d'assurer la satisfaction de leurs « attentes légitimes » est confortée par la sécurité juridictionnelle des investissements étrangers »*[1327]. Dans le Préambule de l'Accord ZLECAf, les États de l'UA ont ouvertement manifesté leur volonté d'établir des règles claires, transparentes, prévisibles et mutuellement avantageuses pour régir le commerce des marchandises et des services, la politique de concurrence, l'investissement et la propriété intellectuelle entre eux[1328].

Ensuite, la faiblesse institutionnelle de la majorité des juridictions nationales en Afrique pourrait obliger les négociateurs du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement à songer à l'arbitrage international. En raison de l'instabilité politique de certains États africains et de la partialité de leurs juridictions nationales, la résolution des différends entre investisseurs et États pourrait être confiée à des tribunaux arbitraux, auxquels il est prêté une plus grande

---

**1325** EWELUKWA OFODILE (U.), « The African Continental free Trade Area and the Investor-State Arbitration : What Can Investors Expect and Why ? », *Kluwer Arbitration Blog,* September 25, 2019, disponible sur http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/29/dispute-settlement-under-the-african-continental-free-trade-agreement-what-do-investors-need-to-know/, consulté le 22 février 2022 ; CHIDEDE (T.), « Investor-State Dispute Settlement in Africa and the AfCFTA Investment Protocol », *Tralac Brief,* December 11, 2018, disponible sur https://www.tralac.org/blog/article/13787-investor-state-dispute-settlement-in-africa-and-the-afcfta-investment-protocol.html, consulté le 22 février 2022, RAMEAU (R.), « The Pan-African Investment Code as a Model for Negotiation on the Investment Protocol of the Agreement establishing the African Continental Free Trade Area », *op. cit*., pp. 16-17.

**1326** Article 46 § 1 du PAIC.

**1327**MAKON MA MBEB (R. A.), « Les avantages pour l'Afrique de l'arbitrage transnational, moyen prioritaire de règlement des différends relatifs aux investissements directs étrangers », *in* HODU (Y. N.), MAKANE (M. M.), *African Perspectives in International Investment Law,* Manchester University Press, 2020, p. 207.

**1328** Cf. Préambule de l'Accord de la ZLECAf.

neutralité. Ainsi qu'on peut le constater dans l'affaire *Obed Besserglik c. République de Mozambique*[1329], quelques investisseurs africains, au lieu de saisir les juridictions nationales, décident d'engager des poursuites contre des États africains devant les tribunaux arbitraux internationaux. L'affaire *Global Telecom Holding S.A.E c. Canada*[1330] montre aussi qu'ils n'hésitent pas à en faire de même contre des États non-africains. Ces affaires relativement récentes, dont le CIRDI est saisi, révèlent une forme d'attrait des investisseurs africains par l'arbitrage international, si ce n'est une preuve de manque de confiance dans les juridictions de leurs États.

Enfin, nonobstant les malheurs des États africains dans l'arbitrage d'investissement, il est ardu d'imaginer un rejet catégorique de ce mode de règlement des différends dans le cadre de la ZLECAf, dont le souci majeur est de libéraliser les économies et les marchés des pays africains. L'on pourrait se montrer réticent à faire l'apologie de l'arbitrage d'investissement comme l'a fait Makon Ma Mbeb qui trouve que ce mécanisme « *favorise une meilleure attractivité des pays africains* » et qu'au-delà de ses apports juridiques, il a *« des avantages économiques et politiques pour les États africains »*[1331]. Il est, cependant, possible d'avancer que les États africains incluront ce mécanisme dans le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement, d'autant que le dernier projet de cet instrument juridique l'avait explicitement prévu.

À l'Article 5 de l'annexe à ce texte, on a pu lire que *« [l]orsqu'une résolution à l'amiable n'est pas obtenue par la médiation ou d'autres moyens, l'investisseur peut adresser à l'État d'accueil une son intention de soumettre la plainte à l'arbitrage […] »*[1332]. Les rédacteurs de

---

[1329] Dans cette affaire enregistrée au CIRDI en 2014, le tribunal arbitral s'est fondé sur le TBI Mozambique-Afrique du Sud de 1997 et la Loi sur les investissements du Mozambique datant de 1993 pour rendre sa sentence finale en 2019. CIRDI, *Obed Besserglik c. République de Mozambique,* Affaire N° ARB(AF)/14/2, 28 octobre 2019, disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10925.pdf , consulté le 20 février 2022.

[1330] Il s'agit ici d'investisseur égyptien qui a enclenché une procédure arbitrale contre le Canada en 2016 sur le fondement du TBI Canada-Egypte de 1996. CIRDI, *Global Telecom Holding S.A.E c. Canada,* Affaire N° ARB/16/16, Procedural Order N°2 (Second Annulment), 4 février 2021, disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16174_0.pdf, consulté le 20 février 2022.

[1331] Pour cet auteur, l'arbitrage transnational est moteur de la libéralisation des investissements dans les pays africains. Il conforte l'ouverture économique des pays et l'amélioration de la gouvernance internationale en matière d'investissement. MAKON MA MBEB (R. A.), « Les avantages pour l'Afrique de l'arbitrage transnational, moyen prioritaire de règlement des différends relatifs aux investissements directs étrangers », *op. cit.,* pp. 216-217. Sur les avantages de l'arbitrage d'investissement, voir également RUSCA (A. E.), « L'arbitrage : une stimulation à l'investissement », *Revue Camerounaise de l'Arbitrage,* n° 7, 1999, pp. 3-9.

[1332] Traduction personnelle. La disposition originale se lit en ces termes : *« Where an amicable resolution is not achieved through mediation or other means an investor may deliver to the Host State a written notice of its intention to submit the claim to arbitration ("Notice of Intent")* ». Article 5 de l'annexe au *Protocol on Investment to the Agreement Establishing an African Continental Free Trade Area – Zero Draft.* Document

la version finale de l'annexe portant sur les mécanismes de règlement des différends n'omettront pas pour autant de remodeler le mécanisme de RDIE afin qu'il réponde aux réalités des États africains et à leur rêve de construire un marché commun prospère.

### *2. Les dispositions envisageables*

Nous l'avons développé, les CER africaines ayant décidé de maintenir le mécanisme de RDIE dans leurs accords d'investissement l'ont profondément réformé. L'accès à l'arbitrage international par les investisseurs n'est plus direct. Il est sujet à plusieurs restrictions procédurales qui complexifient son activation. Ils établissent de fortes exigences auxquelles les investisseurs doivent satisfaire avant de pouvoir introduire une demande d'arbitrage. Il n'est pas douteux que les négociateurs du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement s'inscriront dans cette logique.

Si les négociateurs du protocole décident d'y introduire le mécanisme de RDIE, il est certain qu'ils demanderont aux investisseurs d'épuiser les voies de recours internes avant d'accéder à l'arbitrage international. Ainsi, les tribunaux arbitraux ne pourront être saisis par les investisseurs avant que ces derniers aient essayé de faire régler leurs différends avec les États d'accueil par les juridictions nationales ou des procédures administratives dans une période généralement fixée à trois (3) ans. On assistera à « un retour de Calvo » avec la saisine préalable des juridictions internes[1333].

Le juriste sud-africain Mmiselo Qumba a soigneusement exposé les avantages que peuvent procurer ce principe aux États membres de la ZLECAf comme suit : *« The exhaustion of local remedies rule, if adopted by the AfCFTA Investment Protocol, could help to both strengthen and integrate the domestic and international systems. It can also help to foster a well-functioning judicial institution in host States and may ultimately help to remedy some of the host State institutional deficiencies which investment arbitration was designed to address […] the international investment tribunals would benefit from the domestic courts' characterisation of the relevant African domestic law, such as policies on health and environmental issues decided by the domestic courts of African States. This would give the*

disponible sur https://www.isds.bilaterals.org/IMG/pdf/afcfta_protocol_on_investment_first_draft.pdf, consulté le 30 septembre 2022.

**1333** Ces restrictions procédurales de l'accès à l'arbitrage sont également observées dans le cadre du nouvel ALENA adopté le 1er octobre 2018. Ce qui porte à croire qu'étant aussi un Accord de Libre-échange, la ZLECAf s'inscrira dans les développements récents du droit international des investissements tout en adaptant ses réformes au contexte spécifique de ses États parties. Voir BOUDOUHI, « Le Chapitre sur l'investissement du nouvel ALENA », *RGDIP*, N°4, 2019, pp. 871-884.

*African courts the opportunity to fix the problems before they are brought to an international tribunal »*[1334]. Il serait donc souhaitable que l'épuisement des voies de recours interne ait droit de cité dans le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement au cas où ce texte inclut l'arbitrage d'investissement.

D'autres exigences sont envisageables pour empêcher les investisseurs de recourir systématiquement aux tribunaux arbitraux en cas de litige. Il s'agit entre autres de l'exigence du consentement préalable des parties de soumettre leurs différends à l'arbitrage, l'imposition d'un délai de prescription aux investisseurs pour la présentation de leur réclamation à compter de la violation présumée de l'instrument juridique d'investissement etc[1335]. À l'image de l'Accord de Libre-Echange conclu par le Viêt Nam et l'UE, le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement pourrait subordonner l'accès à l'arbitrage au comportement de l'investisseur[1336]. En tout état de cause, ce texte envisagerait que l'arbitrage soit mené dans les centre africains, en cas d'échec des voies amiables de résolution des différends et de satisfaction par les investisseurs des conditions qui pourraient y donner accès.

L'hypothèse selon laquelle le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement renfermerait le mécanisme de RDIE pousse à se demander quelle serait la forme qu'il va revêtir. L'on ne saurait répondre à cette inquiétude avec conviction. Mais il n'est pas trop osé de croire que les négociateurs de ce protocole s'inscriront dans le droit fil des réformes en cours dans le domaine, tant en Afrique qu'ailleurs dans le monde. La CNUCED souligne, d'ailleurs, que tant les règles substantielles que les règles relatives au règlement des différends doivent être orientés vers l'impératif du développement durable[1337]. Les réformes engagées par les États africains dans le contexte de la ZLECAf auront par conséquent leur raison d'être.

Il est probable que le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement intègre un mécanisme de RDIE similaire à celui du TPP et du CETA. En effet, ces deux textes prévoient le mécanisme de RDIE mais réduisent sa portée afin d'éviter des abus dans sa mise en œuvre

---

[1334] QUMBA (M. F.), « The Exhaustion of Local Judicial Remedies in Investor-State Dispute Settlement: A Proposal for the African Continental Free Trade Agreement on Investment Protocol », *op. cit.,* p. 171 et 173.
[1335] Ce délai est ordinairement de 3 ans.
[1336] L'ALE Viêt Nam-UE énonce qu'un investisseur ayant établi son investissement sur le territoire d'un État d'accueil par fraude ou corruption, ou violé ses obligations aux termes de cet instrument juridique, peut se voir priver l'accès à l'arbitrage lorsque survient un litige entre lui et l'État d'accueil. Cf. ALE Viêt Nam-UE, chapitre 8, Section 3, sous-section 1, Article 1.
[1337] CNUCED, « Reforming Investment Dispute Settlement : A Stocktaking », *IIA Issues Note*, Issue 1, 2019, p. 4, disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2019d5_en.pdf, consulté le 23 février 2022.

par les investisseurs. Dans le souci de préserver la marge de manœuvre politique des États africains, le Protocole pourrait envisager un mécanisme similaire. En effet, dans le cadre du TPP, certaines dispositions sont exclues du champ d'application du mécanisme de RDIE. Ce mode de règlement des différends ne s'applique pas aux mesures étatiques visant un contrôle sur le tabac pas plus qu'il ne concerne les mesures prises en vue de réaliser des objectifs légitimes de bien-être public[1338]. Ces mesures sont exclues du domaine de l'expropriation indirecte pouvant donner lieu à arbitrage. Elles ne peuvent être attaquées. Les négociateurs de l'annexe du Protocole sur l'investissement ont la possibilité d'énumérer les obligations auxquelles le mécanisme de RDIE pourrait valoir. Au surplus, ils pourraient s'inspirer du TTP pour fixer un plafond aux coûts des procédures arbitrales, ainsi que des condamnations pécuniaires issues des sentences arbitrales[1339].

Toutes ces réformes, envisageables dans l'annexe au Protocole de la ZLECAf sur l'investissement, restent dominées par la recherche d'une « égalité des armes » entre les parties aux litiges[1340]. Les demandes reconventionnelles favoriseraient sensiblement l'équilibre des rapports dans la procédurale.

## B. L'insertion espérée du mécanisme des demandes reconventionnelles

« Une beauté dormante » devenue « un lion dans la jungle »[1341], c'est ainsi que Madame Enrique Fernández Masía dépeignait la triste évolution de l'arbitrage d'investissement caractérisée par le gouffre qu'il a pu créer entre les investisseurs et les États dans les procédures arbitrales. Si les négociateurs du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement décident d'y inclure ce mode de règlement des différends, il serait impératif qu'ils habilitent expressément les États d'accueil à formuler des demandes reconventionnelles **(1).** Des

---

**1338** CHIDEDE (T.), « Investor-State Dispute Settlement in Africa and the AfCFTA Investment Protocol », *Tralac Brief,* December 11, 2018, disponible sur https://www.tralac.org/blog/article/13787-investor-state-dispute-settlement-in-africa-and-the-afcfta-investment-protocol.html, consulté le 23 février 2022.

**1339** *Idem,* voir également KIDANE (W.), « Alternatives to Investor-State Dispute settlement : An African Perspective », *op. cit.,* pp. 7-11. Pour une étude approfondie du mécanisme du mécanisme de RDIE dans les Accords commerciaux régionaux n'impliquant pas l'Afrique, notamment voir COTE (C-E.), « L'arbitrage entre investisseur-État face aux derniers accords commerciaux régionaux », 29 p, disponible sur https://ijdjl.journals.ekb.eg/article_123351.html, consulté le 24 février 2022.

**1340** FARCHAKH (M.), *L'égalité des armes dans le cadre de l'arbitrage investisseur-État*, Mémoire de Master 2, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2015-2016, 105 p.

**1341** Ces expressions sont inspirées du titre d'un article d'Enrique Fernandez Masia dans lequel elle exposait les avantages et les effets néfastes de l'arbitrage d'investissement. Voir FERNÁNDEZ MASÍA (E.), « Arbitraje inversor-Estado : De 'bella durmiente a 'léon en la jungla », *Revista Electronica de Estudios Internacionales,* N°26, 2013, 27 p., disponible sur http://www.reei.org/index.php/revista/num26/notas/arbitraje-inversor-estado-bella-durmiente-leon-jungla, consulté le 21 février 2022.

approches contenues dans les récents textes d'investissement peuvent utilement être explorées à cet effet **(2).**

## *1. Une démarche à engager*

S'apparentant à une « contre-attaque » à « l'offensive » menée par un investisseur à l'encontre de l'État hôte, une demande reconventionnelle est en réalité *« une demande présentée par le défendeur mais qui va au-delà de la simple réponse aux allégations du demandeur. Il s'agit donc d'une nouvelle demande dans le cadre de laquelle le défendeur se transforme en demandeur »*[1342]. Bien plus qu'un moyen pour l'État hôte d'alléguer les manquements de l'investisseur aux fins de bénéficier de circonstances atténuantes ou d'obtenir le rejet de la requête de ce dernier, les *« counterclaims »*[1343] visent à effacer définitivement la demande principale.

Les demandes reconventionnelles sont ordinairement admises en droit international[1344]. Leur admission est une manifestation éclatante de la « réaffirmation de l'État » dans l'arbitrage d'investissement. L'affaire *Burlington c. Équateur,* dans laquelle une multinationale pétrolière a été condamnée à la suite d'une demande reconventionnelle de l'Équateur, en est un exemple éloquent[1345]. En quête de l'équilibre perdu dans le système

---

**1342** DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.*, p. 301. Voir généralement, BEN HAMIDA (W.), « « Les demandes reconventionnelles dans la jurisprudence arbitrale récente relative aux investissements », *Revista Brasileira de Arbitrajem*, vol. 10, N°37, pp. 68-80 ; DE NANTEUIL, « Demandes reconventionnelles : un petit pas de plus ? », *Les Cahiers de l'arbitrage – The Paris Journal of International Arbitration*, n°2017/4, pp. 619-628.

**1343** Ainsi les désigne la doctrine anglophone ; une désignation d'ailleurs répandue dans les écrits en langue française comme bien d'autres expressions propres au droit international des investissements. Voir par exemple, DE NANTEUIL (A.), « Counterclaims in Investment Arbitration : Old Questions, New Answers ? », in The Law an Practice of International Courts and Tribunals, 2018, N° 17, 2018, pp. 374-392 ; HOFFMANN (A. K.), « Counterclaims in Investment Arbitration », *ICSID Review-Journal of Foreign Investment Law,* vol. 28, Issue 2, 2013, pp. 438-453 ; RIVAS (J. A.), « ICSID Treaty Counterclaims : Case Law and Treaty Evolution », *in* KALICKI (E.), JOUBIN-BRET (A.), *Reshaping Investor-State Dispute Settlement System : Journeys for the 21st Century, op. cit.,* pp. 779-827 ; VOHRYZEK-GRIEST (A.), « State Counterclaims in Investor-State Disputes : A History of 30 Years of Failure », *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n°15, 2009, pp. 83-124.

**1344** Voir, CIJ, Affaire de *l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, (demandes reconventionnelles), Recueil, 1997, p. 256 et s. S'agissant des écrits doctrinaux, voir par exemple ANZILOTTI (D.), « La demande reconventionnelle en procédure internationale », *JDI*, vol. 57, 1930, pp. 857-867 ; NOUVEL (Y.), « La recevabilité des demandes reconventionnelles devant la Cour Internationale de Justice à la lumière de deux ordonnances récentes », *AFDI*, vol. 44, 1998, p. 324-336 ; SAVADOGO (L.), « La renaissance de la procédure des demandes reconventionnelles, *RBDI*, vol. 32, 1999, pp. 237-270 ; PONS RAFOLS (X.), « La renovada actualidad de las demandas reconvencionales ante el Tribunal Internacional de Justicia », *Anuario Espanol de Derecho Internacional*, vol. XVII, 2001, pp. 131-170.

**1345** Le tribunal arbitral a condamné la multinationale pétrolière en question à verser une somme de 40 millions de dollars à l'État équatorien pour préjudice environnemental subi. Voir CIRDI, *Burlington Resources c. Equateur,* n°ARB/08/05, décision sur les demandes reconventionnelles, 7 février 2017. Voir LATTY (F.), « L'État demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : Le *Gymkhana* de la réaffirmation de

d'arbitrage investisseur-État, la majorité des accords internationaux d'investissement de la nouvelle génération les prévoient[1346]. Les États africains ne sont pas restés en marge de cette évolution.

Quoique leur rôle premier soit de favoriser une meilleure administration de la justice, les demandes reconventionnelles contribuent à établir une certaine égalité entre les parties au litige. L'Institut de Droit International s'est montré plus confiant en considérant que *« la capacité du défendeur de présenter une demande reconventionnelle recevable devant un tribunal garantit l'égalité procédurale des parties »*[1347]. Elles interviennent au soutien de la « partie faible »[1348] que constituent les États d'accueil, habituellement défendeurs devant les tribunaux arbitraux. Pour Eustache Da Allada, la « toute-puissance » arguée des États africains dans leurs rapports avec les opérateurs économiques étrangers est avant tout un mythe. Seules des stratégies d'apaisement des relations à travers le droit international des investissements permettra une « réconciliation irénique » entre ces deux parties[1349]. Le mécanisme des demandes reconventionnelles en est une.

Le Code panafricain des investissements permet aux États africains de choisir librement le mode de règlement des différends qui leur conviendrait, sous réserve de passer préalablement par le règlement amiable. Le mécanisme des demandes reconventionnelles envisagé par ce texte possède des vertus susceptibles d'inspirer les négociateurs de l'annexe du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement.

### *2. L'approche à explorer*

La formulation du mécanisme des demandes reconventionnelles contenue dans le Code panafricain des investissements pourrait être reprise par les rédacteurs du Protocole de la

---

l'État », *in* EL GHADBAN, MAZUY (C-M.), SENEGACNIK (A.), (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'État ? – The protection of foreign Investment : A Reaffirmation of the State ?, op. cit*., p. 3.

**1346** Voir BEN HAMIDA (W.), « L'arbitrage investisseur-État cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'État peut-il introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé », in *International Law FORUM du droit international*, 1 janvier 2005, p. 261 et s.

**1347**Article 6 § 1 de la Résolution de l'Institut de Droit International sur « L'égalité des parties devant les tribunaux internationaux d'investissements », *18 RES FR de la 18è Session*, Session de la Haye, 31 août 2019, Rapportée par M. McLACHLAN. Le professeur Andrea Björklund dira que par-delà l'arbitrage d'investissement, les demandes reconventionnelles permettent de rééquilibrer le droit international des investissements lui-même. Voir BJÖRKLUND (A.K.), « The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law », *Lewis & Clark Review Law*, vol., 17, N°2, 2013, pp. 462-479.

**1348**HIELLO (H.), « L'État, un justiciable de second ordre ? À propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatifs aux investissements étrangers », *RGDIP,* vol. 3, pp. 589-620.

**1349** DA ALLADA (E.), « L'État africain, partie faible au contrat d'investissement étranger », *Revue de droit des affaires internationales*, N°3-4, 2022, pp. 295-297.

ZLECAf sur l'investissement, tant elle se prête à une interprétation relativement aisée. Il dispose à l'article 43 §1 que *« [l]orsqu'un État membre soutient, dans le cadre d'une procédure de règlement des différends prévue par le présent Code, qu'un investisseur ou son investissement ne s'est pas acquitté de ses obligations en vertu du présent Code ou d'autres règles et principes pertinents du droit national et international, l'organe compétent saisi du différend examine si la violation est avérée et pertinente à l'égard des questions dont il est saisi, et si tel est le cas, se prononce sur ses effets atténuants ou compensatoires sur le fond de la demande ou, le cas échéant, sur les dommages-intérêts accordés »*[1350]. Il en résulte que l'État d'accueil contre lequel une réclamation arbitrale a été formulée a le plein droit d'introduire une demande reconventionnelle pour violation par l'investisseur des obligations contenues dans l'instrument juridique servant de fondement à la résolution du litige.

Des questions de compétences sont toutefois susceptibles d'être générées par le mécanisme des demandes reconventionnelles. Le tribunal arbitral ne saurait s'en saisir d'office[1351]. Mais lorsque la compétence du tribunal arbitral est établie, et la recevabilité de la demande reconventionnelle acquise, on s'interroge sur les obligations opposables par l'État hôte à l'investisseur. La réponse à cette interrogation est ardue dans l'hypothèse d'un litige fondé sur un texte d'investissement comparable aux TBI traditionnels, c'est-à-dire, ne prévoyant des obligations qu'à la charge des États. Elle devient facile lorsque l'affaire est fondée sur un accord d'investissement faisant peser des devoirs aussi bien sur les États hôtes que sur les investisseurs[1352].

Nul doute que les mécanismes du règlement des différends relatifs aux investissements seront ainsi conçus, en s'inspirant des nouveaux accords régionaux africains d'investissement. Si le Protocole sur l'investissement réussit à instaurer cet équilibre, il allègera la tâche des arbitres lorsque ces derniers seront amenés à examiner une demande reconventionnelle. À tout le moins, il leur évitera les efforts d'interprétation effectués par le tribunal arbitral CIRDI dans l'affaire *Urbaser c. Argentine*[1353].

---

**1350** Article 43 § 1 du PAIC.

**1351** Sur la question de la compétence du tribunal arbitral, Voir CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie,* n°ARB/06/1, 7 décembre 2011 ; CIRDI, *Goetz c. Burundi*, n°ARB/01/2, 21 juin 2012 ; CIRDI, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, n°ARB/07/24, 18 juin 2010. Pour analyse, voir KALICKI (J.), « Les demandes reconventionnelles des États dans l'arbitrage relatifs aux investissements *», Investment Treaty Brief,* vol. 3, N°2, janvier 2013, pp. 3-5 ; BURDA (J.), « le consentement aux demandes reconventionnelles dans le cadre du CIRDI à la lumière de la sentence *Spyridon Roussalis contre Roumanie », Revue d'arbitrage et de médiation,* vol. 3*, N° 1, 2013,* pp. 27-49.

**1352** DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.*, pp. 303-304.

**1353** Dans cette affaire, le tribunal arbitral a admis que les investisseurs ont le devoir de respecter les droits humains au même titre que les États. Certes, il n'a pas reconnu la responsabilité de l'investisseur pour violation

À ces différends égards, les demandes reconventionnelles pourraient procurer un avantage significatif aux États membres de la ZLECAf, en ceci qu'elles rendraient exécutoires les obligations contenues dans le Protocole sur l'investissement. Rattachées aux dispositions relatives au règlement des différends, les obligations relatives aux droits de l'homme et des travailleurs, de même que celles imposant la protection de l'environnement ou encore celles interdisant les actes de corruption etc, se trouveraient renforcées et la réalisation des objectifs de développement durable de plus en plus favorisée.

des droits humains, mais le tribunal s'est montré audacieux en faisant cette interprétation sur le fondement d'un traité d'investissement qui ne contient pas d'obligations à la charge des investisseurs. CIRDI, *Urbaser SA and Consorcio de Aguas de Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, n°ARB/07/26, §§ 1196-1197, 8 décembre 2016, cité par DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.,* p. 304. Pour des commentaires détaillés sur cette affaire, Voir CASTILO MENESES (Y.), « Los estados como demandantes en el arbitraje de inversión basado en tratados ? Comentario al laudo *Urbaser vs Argentina », Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* vol. XX, 2020, pp.443-457.

## Conclusion

Dans un souci de simplification et d'harmonisation des règles d'investissement adoptées par les CER africaines, on a assisté à une continentalisation de ce régime par l'adoption du PAIC. Ce texte panafricain est une entreprise ambitieuse eu égard aux nouveautés qu'il a pu apporter en matière de réglementation des investissements. Les préoccupations de développement durable, reflétées dans ses dispositions, sont dignes d'être célébrées. Cependant, à côté de cette célébration, des déceptions liées à la forme et à certaines dispositions de fond de ce « Code » ont émergé. L'élaboration de normes d'investissement contraignantes par suite de la création de la ZLECAf a fait renaître l'espoir d'un régime juridique moderne en matière d'investissement sur le continent africain. Il reste à savoir si les dispositions matérielles et les prévisions procédurales seront concrétisées. Quoi qu'il en soit, les effets de la « panafricanisation » du régime international des investissements sont déjà perceptibles.

# Chapitre II.
# Les implications de l'approche panafricaine de réglementation des investissements

Le besoin de promotion et de facilitation des investissements en vue de soutenir l'initiative d'intégration régionale et la croissance économique de l'Afrique se fait de plus en plus pressant. On s'accorde à reconnaître les efforts déployés par les États africains à l'échelle continentale dans la réglementation des investissements. La nécessité d'harmoniser leurs réglementations d'investissement a justifié l'adoption du PAIC qui, sans l'ombre d'aucun doute, est une initiative justifiée. La création d'un environnement juridique d'investissement sain et simplifié en faveur des investisseurs est la principale vertu attribuée à ce texte continental comportant plusieurs dispositions innovantes.

De même, l'établissement de la ZLECAf pourrait répondre au défi des États africains de sortir de leur carcan étroit en vue de faire face, de manière concertée, aux défis économiques, socio-politiques et stratégiques imposé par le nouvel ordre économique globalisé[1354]. Son Protocole sur l'investissement est pressenti pour renforcer l'approche panafricaine des investissements impulsée sous le PAIC. Mais, ce texte n'étant pas encore en vigueur, une évaluation de ses implications ne peut, pour l'heure, être envisagée.

Plus de six années après l'adoption du premier instrument juridique panafricain d'investissement, le PAIC, il convient alors d'en évaluer la performance en confrontant les objectifs qui y sont annoncés avec les retombées observées dans les CER et leurs États membres. Il ressort d'un examen objectif que, jusqu'à ce jour, l'impact du PAIC sur le régime juridique des investissements en Afrique est mitigé. En effet, le bilan de l'approche panafricaine de réglementation des investissements fait état de son influence grandissante sur les textes d'investissement adoptés par les CER africaines **(Section I).** En revanche, dans l'ordre juridique interne et dans les relations bilatérales des États africains, cette influence est difficilement perceptible **(Section II).**

**1354** GUELDICH (H.), « L'Accord portant création de la Zone de libre-échange continentale africaine », *op. cit.*, pp. 134-135.

## SECTION I. L'INFLUENCE CROISSANTE DU PAIC SUR LES TEXTES D'INVESTISSEMENT DES CER

Les tentatives d'harmonisation de l'environnement juridique des investissements suivent leur cours en Afrique, avec un dynamisme plus remarquable dans les CER. Si la première décennie des années 2000 a été l'étape des tentatives de modernisation du régime communautaire des investissements, la période ultérieure à l'adoption du PAIC est marquée par les efforts des CER de se conformer aux orientations panafricaines dans le domaine. De ces tentatives ont pu émerger des convergences entre les textes régionaux et le PAIC **(§2).** Ces points de convergence ne peuvent être mieux appréciés qu'en remontant aux premières réglementations régionales des investissements initiées par les CER **(§1).**

### § 1. DES ACCORDS RÉGIONAUX JADIS TRÈS DISCORDANTS

Servant de piliers à la construction d'une intégration continentale solide, les CER africaines ont vaillamment œuvré à l'établissement d'un cadre juridique des investissements moins disparate sur le continent africain[1355]. Pour autant, ils n'ont pas réussi à assurer une grande harmonie entre les textes d'investissement adoptés antérieurement au PAIC. L'analyse des textes élaborés par les CER d'Afrique orientale et australe **(A)**, ainsi que des documents d'investissement de la CEDEAO, en fournit une illustration **(B).**

#### A. Les discordances entre les textes élaborés par les CER d'Afrique australe et orientale

Les premiers textes d'investissement élaborés par les CER d'Afrique australe et orientale aux fins d'harmonisation des cadres nationaux d'investissement se sont très tôt illustrés négativement par des incohérences dans leurs dispositions. Quant aux instruments juridiques d'investissement de la SADC et de la CAE, ils sont relativement conservateurs, c'est-à-dire, davantage protecteur des droits des investisseurs que des intérêts des États d'accueil **(1).** L'Accord du COMESA de 2007, dont la vocation est d'encadrer les opérations d'investissement dans leur zone commune d'investissement se veut plus réformateur, et donc, sensiblement différent des autres textes régionaux sur le fond **(2).**

---

[1355] UNECA, *État de l'intégration régionale en Afrique : Libéralisation et intégration du commerce des services en Afrique dans le cadre de la ZLECAf*, ARIA X, Addis-Abeba, 2022, p. 37, disponible sur https://repository.uneca.org/handle/10855/47583, consulté 15 juin 2022.

### 1. *L'approche relativement classique des textes de la SADC et de la CAE*

On constate une forme d'éloignement de chacune des CER africaines en matière de réglementation des investissements avec des dispositions qui ne coïncident que rarement sur la majorité des points. Les discordances régionales dans le contenu peuvent être aisément constatées dans la définition des notions d'investissement et les mécanismes de règlement des différends[1356]. Les plus notoires sont celles qui se rapportent à certains standards de protection.

Au sein de la SADC, le désir d'harmoniser les politiques de finances et d'investissement des États parties en vue de les rendre conformes aux objectifs poursuivis par la Communauté avait donné lieu à la signature du Protocole sur la Finance et l'Investissement (PFI) en 2006[1357]. Cet accord régional contraignant prévoit la clause de la nation la plus favorisée au profit des investisseurs[1358], mais il est resté silencieux sur la possibilité des investisseurs de bénéficier du traitement national sur le territoire de l'État hôte.

C'est la démarche inverse qui a été adoptée dans le cadre de la CAE. S'agissant du principe de non-discrimination, le Modèle de Code d'investissement élaboré en 2006 par cette CER n'assure que le traitement national aux investisseurs. Il s'est limité à énoncer que *« [f]or the purposes of any law governing the establishment and carrying on of any business activity or the taxation of the income, or any other aspect, of any business activity, in a Partner State, a foreign investor shall be in no different position than any local investor of*

---

**1356** Pour approfondissement, voir UNECA, *Politique d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale, op. cit.,* pp.34-37.

**1357** Le Protocole sur la Finance et l'Investissement de 2006 est le premier instrument de régulation des investissements de la SADC. Le but étant fondamentalement d'éviter l'incohérence des règles et des politiques d'investissement des États membres, ce document insiste sur la nécessité de coopération en matière d'investissement dans son Annexe 1er. Les Annexes 2 à 12 énumèrent les domaines importants qui commandent cette coopération indispensable à l'amélioration du climat des investissements dans la Région. Il y a quatre secteurs dans lesquels les États membres de la SADC sont tenus de coopérer pour atteindre leurs objectifs d'intégration économique. Il s'agit premièrement de la convergence macroéconomique laquelle est déductible par rapport à l'inflation, le déficit budgétaire, la dette publique, et la balance des opérations courantes. Le deuxième secteur est celui de la fiscalité qui inclut, bien évidemment, les mesures d'incitations y afférentes. Les contrôles de change sont le troisième secteur de coopération alors que le dernier renvoie aux systèmes de paiement. UNECA, *Politique d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale, op. cit.,* p.34. Voir aussi KOTUBY Jr (C. T.), « Protecting Foreign Investments in Sub-Saharan Africa : The Southern African Developement Community and Its Procol on Finance and Investment », January 2014, disponible sur https://www.jonesday.com/en/insights/2014/01/protecting-foreign-investments-in-sub-saharan-africa-the-southern-african-development-community-and-its-protocol-on-finance-and-investment, consulté le 25 mars 2022.

**1358** Article 6 § 2 du PFI de 2006.

*the Partner »*[1359]. La conception du principe de non-discrimination n'est pas identique dans ces deux textes.

Le PFI de la SADC de 2006 encadre par ailleurs l'expropriation et la nationalisation d'une manière qui se rapproche des TBI traditionnels souvent décriés. On remarque que la compensation financière requise par ce texte est une reprise de la formule Hull[1360]. Bien plus, il brille par son silence sur l'expropriation indirecte et les mesures d'effet équivalent et laisse ainsi une part de pouvoir non négligeable aux investisseurs, alors qu'il a vocation à l'équilibrer avec celui des États d'accueil. Sa nature conservatrice s'apprécie également dans le caractère autonome du standard du traitement juste et équitable qu'il intègre[1361].

Les incohérences régionales sont plus flagrantes lorsqu'on se livre à une analyse plus approfondie du Modèle de Code d'investissement de la CAE. Il s'agit, en effet, d'un document non contraignant qui, sur la forme et le fond, diffère des traités d'investissement que l'on rencontre de coutume. Aux antipodes du PFI de la SADC, le Modèle de Code de la CAE donne une signification très particulière aux standards de protection qu'il mentionne[1362]. Il va plus loin qu'une simple suggestion des dispositions classiques de protection et de promotion des investissements, en intégrant des clauses qui lui sont propres. Les dispositions relatives aux zones économiques spéciales (ZES) et la précision des incitations fiscales et non fiscales, de même que les seuils et les limites qui s'y appliquent, sont quelques-unes de ses particularités[1363].

---

**1359** Partie II, 5 (2) du Modèle de Code d'investissement de la CAE.

**1360** Du nom du Secrétaire d'État américain qu'il l'a formulée pour la première fois dans une communication qu'il adressait aux sujet des mesures mexicaines de nationalisation, la doctrine Hull sous-entend qu'en cas d'expropriation ou de nationalisation, l'État est tenue prévoir une compensation *adéquate*, *prompte* et *effective,* JUILLARD (Ph.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI,* Martinus Nijhoff publishers, 1997, pp.79-80.

**1361**KONDO (T.), « A Comparison with Analysis of the SADC FIP before and after its Amendment », *PER/PELJ 2017(20)-DOI*, p. 17, disponiblesurhttp://dx.doi.org/1017159/1727/3781/2017/v20i0a1676, consulté le 8 mars 2020.

**1362** On ne voit pas expressément des dispositions relatives au traitement juste et équitable. Le texte envisage seulement un « National Treatment and Non-discrimination », Cf. Partie II, 5 du Modèle de code d'investissement de la CAE. Relativement à la clause de transfert des fonds, on n'y note une clause intitulée « Foreign Currency Transfers ». Cf Partie II, point 13 du Modèle de Code d'investissement de la CAE. L'expropriation a été envisagée sous le titre « Protection from Deprivacy of Property », Cf. Partie II, 14.

**1363** Le Modèle de Code d'investissement de la CAE est subdivisé en six (6) parties traitant des questions préliminaires (son application, son champ d'action et les définitions), du droit d'établissement, des organes de promotion des investissements, des zones économiques spéciales et de divers sujets se rapportant à la régulation des investissements. Particularité notoire : les dispositions de ce texte ne sont pas classées article par article. Voir UNECA, *Politique d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale, op. cit.,* p. 38. Voir aussi, SSEMMANDA (E. S.), SHIKOVI (E. A.), « Investment Regulation In the East African Community : Community and Domestic Legal Regimes », *op. cit.,* pp. 177-178.

L'adoption du PFI de la SADC et du Modèle de Code d'investissement de la CAE en 2006 témoigne du souci de ces CER d'engager des réformes qui leur seraient profitables. Mais force est de constater que leur postérité n'a pas été reluisante. L'Annexe 1 portant coopération en matière d'investissement du Protocole de la SADC de 2006 a fait l'objet de critiques acerbes en raison de ses similitudes avec les TBI traditionnels. Il lui est fait grief de n'avoir pas su opérer un équilibre adéquat entre la protection des investisseurs et les droits des États hôtes. Certes, le texte a prévu le droit des États membres de la communauté de réglementer les investissements, mais il l'a fait avec une intensité ne permettant pas à ces derniers d'en jouir véritablement[1364].

Une sorte d'hésitation a été décelée dans la démarche des rédacteurs des premiers textes d'investissements de la SADC et de la CAE supposés renforcer le pouvoir de réglementation des États hôtes en matière d'investissement. Tous campés dans une position de protection des investissements, à l'instar des TBI traditionnels, ces textes comprennent très peu d'éléments similaires. L'approche retenue par le premier instrument de réglementation des investissements au sein du COMESA est plus audacieuse et, par conséquent, divergente.

### 2. *Les tendances réformatrices de l'Accord du COMESA sur l'investissement de 2007*

À l'échelle des CER d'Afrique australe et orientale, l'Accord d'investissement du COMESA adopté en 2007 est le premier à avoir provoqué un déclic dans la conscience des États membres de ces organisations régionales d'élargir la marge de manœuvre politique des États d'accueil.

Tandis que les rédacteurs des textes de la SADC et du COMESA ont retenu, soit le standard du traitement national, soit la clause de la nation la plus favorisée, leurs homologues du COMESA ont trouvé opportun d'insérer toutes ces deux clauses formant le principe de non-discrimination dans le premier accord de leur zone commune d'investissement. Le traitement national et la clause de la nation la plus favorisée étaient bel et bien insérés dans la première version de l'*Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area.*

Un autre élément du texte du COMESA qui le distingue fondamentalement de ceux de la SADC et de la CAE est la vigilance dont ont fait montre ses rédacteurs dans la formulation

---

**1364** CHIDEDE (T.), « Amendments of the Annex 1 to the SADC Finance and Investment Protocol : Are They in Force Yet ? », *Tralac Discussions*, July 13, 2017, https://www.tralac.org/discussions/article/11875-amendments-of-annex-1-to-the-sadc-finance-and-investment-protocol-are-they-in-force-yet.html, consulté le 25 mars 2022.

des dispositions sur le traitement national et la clause de la nation la plus favorisée. Ceux-ci ont essayé de clarifier ces standards. Ils ont également dressé quelques barrières à leur jouissance par les investisseurs[1365]. Les dispositions du PFI de la SADC de 2006 et celles du Modèle de code d'investissement de la CAE sont plutôt vagues à ce propos ; ce qui n'est pas surprenant dans la mesure où ils relèvent de l'ancienne génération d'accords internationaux d'investissement.

Des divergences transparaissent également dans les autres standards de protection. Bien que le PFI de la SADC et l'Accord du COMESA relatif aux investissements aient énoncé le traitement juste et équitable, les variations dans les dispositions sont saisissantes. Le PFI de la SADC se contente d'envisager que « *Investments and investors shall enjoy fair and equitable treatment in the territory of any State Party* »[1366]. Le Modèle de Code d'investissement de la CAE y fait une référence ambiguë[1367].

En revanche, l'Accord du COMESA s'est voulu précis en circonscrivant cette clause au standard minimum de protection reconnu par le droit international coutumier. Il a réduit le traitement juste et équitable à l'obligation pour les États membres de s'abstenir du déni de justice dans les procédures contentieuses pénales, civiles ou administratives. Aux termes de l'article 14 § 1 de cet Accord, *« Member States shall accord fair and equitable treatment to COMESA investors and their investments, in accordance with customary international law. Fair and equitable treatment includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world»*[1368]. Circonscrire cette clause signifie que l'octroi du standard du traitement juste et équitable ne saurait surpasser le seuil qui lui est établi. Ainsi, les composantes nouvelles de ce standard n'entrent pas en ligne de compte dans la formulation retenue par cet Accord[1369].

---

**1365** Article 19 de l'Accord du COMESA de 2007.

**1366** Article 6 § 1 du PFI de la SADC de 2006.

**1367** Ce texte n'intègre pas explicitement le standard du traitement juste et équitable.

**1368** Article 14 §1 de l'Accord du COMESA de 2007. Dans l'espace COMESA, l'accord de la zone commune d'investissement adopté en 2007 obligeait les États membres à accorder un traitement juste et équitable aux investisseurs et à leurs investissements. En revanche, ce texte avait eu beau jeu de préciser l'étendue de la clause en la circonscrivant au standard minimum de protection reconnu par le droit international coutumier.

**1369** L'article 14 § 2 de l'Accord de la zone commune d'investissement du COMESA adopté en 2006 dispose « *Paragraph 1 of this Article prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments and does not require treatment in addition to or beyond what is required by that standard".*

De par sa nature ambitieuse, le premier Accord d'investissement du COMESA était l'un des rares textes au niveau mondial à exiger explicitement une prise en considération préalable du niveau de développement des États dans l'attribution des standards de protection aux investisseurs et à leurs investissements[1370]. Il reconnaissait la divergence des systèmes administratifs, législatifs et judiciaires des États membres et comprenait que, selon leurs niveaux de développement respectifs, ces États ne parvinssent pas à la mise en œuvre des mêmes standards à un degré et à un rythme identique[1371].

Cette conception du traitement juste et équitable, proche de celle retenue par l'ALENA[1372], diffère de la conception classique du standard minimum international, puisqu'elle introduisait une grande flexibilité dans l'interprétation du traitement juste et équitable[1373]. Elle dépeint la démarche réformatrice du COMESA en matière d'investissement et, partant, sa profonde dissemblance avec les textes de la SADC et la CAE.

Le droit d'expropriation et la liberté de transfert des fonds ne sont pas non plus concordants dans les instruments sus-évoqués. En effet, la liberté de transfert de capitaux est garantie aussi bien dans le PFI de la SADC que dans l'Accord du COMESA. Il n'y a pas une grande divergence dans les dispositions de ces textes à ce propos, à la différence que les dispositions de l'Accord du COMESA sont plus détaillées. En revanche, on remarque des divergences dans les dispositions relatives au droit d'expropriation. Le PFI de la SADC est plus laconique dans ses dispositions portant sur ce standard de protection. Il reprend également la version classique de la formule Hull, au cas où une mesure expropriatrice venait

---

[1370]BAETENS (F.), (ed.), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*, Cambridge University Press, 2013, p. 332.

[1371] Article 14 §3 de l'Accord relatif à la zone d'investissement commune du COMESA de 2007.

[1372] Le titre de l'article 1105 de l'ALENA « *Norme minimale de traitement* » est montre les similitudes avec l'approche adoptée par le COMESA. Cet article garantit aux investisseurs des États parties *« un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et sécurité intégrales ».* La Commission du libre-échange de l'ALENA s'est aussi employée à interpréter cette disposition. Pour elle, les standards de protection garantis par l'Accord *« ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur par celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier »,* DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement,* p.337, Voir aussi NAFTA Free Trade Commission (n 6) s B (1)-(2).

[1373]BARUTI (R.), « Shaping Investment Arbitration: The experience of COMESA and SADC *»*, in *The Role of African States and Governments in the Development of Arbitration in Africa*, SOAS Arbitration Conference in Africa, 2017, p.116, disponiblesurhttps://researcharbitrationafrica.com/files/conferences/2017%20Cairo%20Conference%20Booklet.pdf, consulté le 15 janvier 2020. Voir aussi MUCHLINSKI (P.), 'The COMESA Common Investment Area: Substantive Standards and Procedural Problems in Dispute Settlement' *in* LIM (C. L.) (ed), *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment - Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, Cambridge University Press, 2016, pp. 156-157.

à être prise par un État[1374]. On s'aperçoit que l'approche de l'Accord du COMESA s'éloigne, bien évidemment, des textes de la SADC et de la CAE qui n'ont véritablement pas réussi à instaurer un équilibre entre les parties prenantes[1375]. La conviction des États membres quant à la capacité de cet instrument juridique de créer une région stable et un environnement d'investissement sain est forte[1376].

Au total, on note que les incohérences dans les textes d'investissement adoptés par la SADC, la CEA et le COMESA n'ont fait que perpétuer la fragmentation du régime juridique des investissements en Afrique. Lorsqu'on est conscient de l'adhésion de la plupart des États africains à plus d'une CER, on imagine l'ampleur de la césure causée à ce cadre juridique. Prenons l'exemple du Rwanda qui est membre du COMESA et de la CAE, ainsi que de la Zambie appartenant aussi bien à la SADC qu'au COMESA. Quel régime juridique voudront incorporer ces États dans leurs règles et politiques d'investissement pendant que ces trois CER ont adopté des textes qui ne convergent pas sur toutes les dispositions ? Les disparités dans les réglementations d'investissement en Afrique ne devraient plus étonner, car les États, face à la pluralité de cadres juridiques communautaires, ont le choix de s'inspirer de celui qui leur sied. Une situation similaire a prédominé en Afrique de l'Ouest.

## B. Les discordances générées par les textes de la CEDEAO

L'adoption du Protocole de la CEDEAO sur l'énergie en 2003 a fait suite à l'aspiration des États membres de la CEDEAO à encadrer progressivement les investissements, quelle que soit leur origine. Il s'agit d'une initiative appréciable, car ce texte constitue la première tentative de réglementation des investissements dans cet espace économique. Toutefois, il recèle de profonds relents particularistes **(1).** La CEDEAO adoptera plus tard un acte additionnel dont les apports révolutionnaires tranchent non seulement avec ce Protocole, mais également avec les instruments élaborés par les autres CER **(2).**

---

**1374** Article 5 du PFI de la SADC de 2006. L'Accord du COMESA, à l'opposé, renferme des exceptions aux mesures expropriatrices dans le but de renforcer le droit de réglementation des États d'accueil. Ce texte a rompu avec la formule Hull en prévoyant un *« prompt adequate compensation »*. Cf Article 20 de l'Accord du COMESA de 2006.

**1375** Le droit international des investissements fait l'objet de critiques virulentes. Certains auteurs le considèrent comme un domaine du droit qui vise avant tout à protéger un groupe réduit d'acteurs, notamment les investisseurs étrangers au détriment des intérêts États d'accueil ou d'une CER. SCHILL (S.), DJANIC (V.), «El derecho internacional de inversiones y los intereses comunitarios », *op. cit*., pp.173-174.

**1376**MUCHLINSKI (P.), « The COMESA Common Investment Area: Substantive Standards and Procedural Problems in Dispute Settlement », *in* LIM (C. L.) (ed), *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment - Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, Cambridge University Press, 2016, p.131.

## *1. Les tendances particularistes du Protocole de la CEDEAO sur l'énergie*

Du fait de son ancienneté, son origine et son objet, le Protocole de la CEDEAO sur l'énergie se distingue des premiers instruments juridiques d'investissement adoptés par la SADC, la CEA et le COMESA. L'anatomie de ce texte toujours en vigueur - mais qui, pour dire vrai, est anachronique – révèle des incohérences avec les instruments juridiques d'investissements sus-évoqués.

Adopté plus tôt que les textes régionaux analysés plus haut, le Protocole de la CEDEAO sur l'énergie traduit la volonté des États membres de cette organisation de « *coordonner les politiques régionales dans les secteurs nécessitant des investissements »*[1377]. Renfermant d'importantes dispositions destinées à protéger et à promouvoir les investissements, il peut se targuer d'être un accord régional d'investissement. Néanmoins, il a ceci de particulier de n'encadrer que les investissements du secteur de l'énergie.

En effet, les États membres de la CEDEAO, en l'élaborant, avaient à cœur d'*« établir un cadre juridique destiné à promouvoir une coopération à long terme dans le domaine de l'énergie, et fondé sur la complémentarité et les avantages mutuels en vue d'augmenter l'investissement dans le secteur de l'énergie et de développer le commerce de l'énergie dans la région de l'Afrique de l'Ouest »*[1378]. Outre les investissements, il couvre les domaines du commerce, du transit et de l'efficacité énergétique ; lesquels domaines échappent aux autres textes régionaux qui appréhendent la réglementation des investissements dans un sens holistique. Les lignes de démarcation entre le Protocole de la CEDEAO et les autres textes régionaux sont faciles à discerner et convainquent de l'existence de fortes divergences dans leurs dispositions.

Le Protocole de la CEDEAO sur l'énergie met un accent particulier sur la protection des investissements et ressemble, de ce fait, aux TBI classiques, objet de virulentes critiques. Dès le préambule de ce texte, on voit bien que les États membres de la CEDEAO sont hantés par l'impératif de protection des investissements énergétiques dans leur région en affirmant leur net attachement à la mise en œuvre du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée[1379]. Les investisseurs sont, dès lors, assurés de bénéficier d'un traitement

[1377] OUEDRAOGO (S. M.), « Les problèmes de la communautarisation du droit des investissements dans l'espace UEMOA », *AFDI*, 2012, p.531.
[1378] Article 2 du Protocole de la CEDEAO sur l'énergie.
[1379] Préambule du Protocole de la CEDEAO sur l'énergie.

non-discriminatoire sur le territoire d'un État hôte, non seulement dans le cadre de leurs opérations d'investissement[1380], mais également dans leurs activités connexes.

Comparés au PFI de la SADC de 2006 et au Modèle de Code d'investissement de la CAE de 2006, le Protocole contient des discordances relatives au standard du traitement national et à la clause de la nation la plus favorisée. Lorsqu'on le confronte à l'Accord du COMESA de 2007, ces incohérences se trouvent accentuées par des déficiences liées à l'absence formelle, voire l'interdiction faite aux États d'accueil de prévoir des exceptions aux droits des investisseurs. En vertu du Protocole, les parties contractantes ont été expressément conviées à « *limiter au maximum les exceptions au traitement* »[1381] garanti aux investisseurs. C'est dire toute la déférence des États membres de la CEDEAO à l'égard de ces derniers ; une démarche aux antipodes de l'élan réformateur pris par le COMESA dans son Accord adopté en 2007.

Le Protocole prévoit le standard du traitement juste et équitable, de même que celui de la protection et sécurité intégrales. En son article 10 § 1, il énonce vaguement que « *[c]haque Partie Contractante encourage et crée, conformément aux dispositions du présent Protocole, des conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour la réalisation d'investissements dans sa zone par les investisseurs. Ces conditions comprennent l'engagement d'accorder, à tout instant, un traitement loyal et équitable aux investissements des investisseurs des autres Parties Contractantes […]. En aucun cas, ces investissements ne peuvent être traités d'une manière moins favorable que celle requise par le droit international, y compris les obligations conventionnelles. Chaque Partie Contractante respecte les obligations qu'elle a contracté vis-à-vis d'un investisseur ou à l'égard des investissements d'un investisseur d'une autre Partie Contractante* » [1382].

De plus, le texte prévoit la possibilité d'un libre transfert des capitaux relatifs aux investissements effectués dans la zone de chaque partie contractante tout en réservant à cette dernière un droit de régulation. Le droit d'expropriation ou de nationalisation est subordonné aux conditions classiques rencontrées dans les TBI traditionnels, à savoir qu'il doit être

---

**1380** Par « traitement national » et « traitement de la nation la plus favorisée », le Protocole de la CEDEAO sur l'énergie entend *« le traitement qui est accordé par une Partie Contractante et qui n'est pas moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs de toute autre Partie Contractante ou de tout État tiers, le traitement à retenir étant celui qui est le plus favorable »,* Lire Article 10 §3 du Protocole de la CEDEAO sur l'énergie.

**1381** Cf. Art. 10 § 4 (a) du Protocole de la CEDEAO sur l'énergie.

**1382** Article 10 §1 du Protocole de la CEDEAO sur l'énergie.

accompagné d'une compensation prompte, adéquate et effective[1383]. Tout comme les instruments juridiques d'investissement adoptés par les CER africaines avant l'élaboration du PAIC, le Protocole de la CEDEAO sur l'énergie renferme des dispositions protégeant foncièrement les investisseurs et leurs investissements. Néanmoins, ce texte ouvre de nombreuses brèches de discorde avec les textes de la SADC, de la CAE et du COMESA, tel que le montrent si clairement ses standards de traitement des investisseurs.

La discorde la plus frappante du Protocole avec ces textes régionaux réside dans sa source d'inspiration. Il est incontestable que ce texte n'est aucunement original. À la différence des textes régionaux des autres CER plus ou moins adaptés aux réalités africaines, le Protocole de la CEDEAO sur l'énergie entretient un lien consanguin avec le Traité de la Charte sur l'Energie (TCE), un traité multilatéral adopté par des États occidentaux à Lisbonne en 1994[1384]. Selon les États membres de la CEDEAO, le TCE représente *« la base internationale pour la promotion, la coopération, l'intégration et le développement des projets d'investissement et l'échange d'énergie entre nations souveraines »*[1385]. Ils

---

**1383** Article 13 §1 du protocole de la CEDEAO sur l'énergie.

**1384** Le Traité sur la Charte de l'Energie est un traité multilatéral portant en partie sur les investissements internationaux, FERNANDEZ (J.), *Relations internationales*, Paris, Dalloz, 2è édition, 2019, p.400. Il a été adopté à Lisbonne au Portugal le 14 décembre 1994 et entré en vigueur le 16 avril 1998. C'est un instrument de coopération internationale dans le secteur de l'énergie. Il comprend également le Protocole de la Charte de l'énergie sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes. Ses dispositions relatives aux questions commerciales étaient basées sur le régime juridique du GATT. Mais en 1998, elles seront modifiées et rendues conformes aux normes et pratiques de l'OMC. Le Traité sur la Charte de l'Energie est disponible sur https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-fr.pdf, consulté le 20 février 2020. Toujours au sujet du Traité de la Charte sur l'énergie, lire aussi DE BRABANDERE (E.), GAZZINI (T.), *Foreign Investment in the Energy Sector : Balancing Private and Public Interests,* Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2014, pp. 105-129 ; En réalité, ce traité a succédé à la Charte européenne sur l'énergie. *« Le processus menant à l'adoption du TCE 1994 a débuté par une déclaration politique, la Charte européenne de l'Énergie, adoptée à La Haye en décembre 1991, et conçue pour intégrer les anciens pays d'Europe de l'Est et d'Asie centrale n'ayant pas une économie de marché à un cadre de coopération avec l'Europe occidentale en matière d'énergie »*, Voir BERNASCONI-OSTERWALDER **(N.),** « L'élargissement de la charte de l'énergie à l'Afrique et à l'Asie : défaire la réforme du droit international de l'investissement », *Investment Treaty News,* N° 2. Volume 8. Juin 2017, p.3, disponible sur https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-juin-2017-francais.pdf, consulté le 22 mars 2020. Le Conseil de l'Europe a récemment ouvert des discussions en vue de la modernisation de ce Traité, voir « Tratado sobre la Carta de la Energia : El consejo de Europa aproba directrices de negociaciones para Bruselas », *Investment Treaty News,* disponible sur https://www.iisd.org/itn/es/2019/09/19/energy-charter-treaty-eu-council-endorses-negotiating-directives-for-brussels/, consulté le 22 mars 2020. HAPPOLD (M.), ROE (T.), DINGEMANS QC (J.), *Settlement of Investment Disputes under the Energy Treaty Charter*, Cambridge University Press, 2011, p. 89-103. Le Traité sur la Charte de l'Energie est un texte complexe, ambitieux et unique portant sur les investissements internationaux dans un secteur spécifique : l'énergie. Fondé sur la complémentarité et les bénéfices mutuels, ainsi que sur les principes du développement durable et de la souveraineté sur les ressources naturelles, il a pour mission de promouvoir une coopération internationale à long terme dans le secteur de l'énergie. DE BRABANDERE (E.), GAZZINI (T.), *Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests, op. cit.,* p. 105.

**1385** Préambule du Protocole de la CEDEAO sur l'énergie.

conçoivent l'insertion de ces principes dans leur Protocole comme un moyen de prouver l'attractivité de l'espace CEDEAO.

Les États signataires se sont vautrés dans un optimisme béat en affirmant être *« convaincus que l'adhésion des États membres de la Communauté aux termes et aux principes du Traité de la Charte sur l'énergie démontrera aux investisseurs internationaux et aux marchés des capitaux que la région CEDEAO est plus attrayante sur le plan des investissements dans les projets et les infrastructures d'énergie »*[1386]. Qui plus est, le Protocole de la CEDEAO sur l'énergie est essentiellement construit sur les règles et principes de l'OMC. Les États parties désirent, par ce moyen, atteindre leur objectif de libéralisation du commerce international et entendent éviter la discrimination dans les échanges[1387].

En somme, si les objectifs d'encadrement des investissements par la CEDEAO sont louables, l'instrument juridique adopté à cette fin n'en présente pas moins des lacunes. Le Protocole de la CEDEAO n'est qu'un clonage du TCE, un texte non empreint des convictions africaines exprimées – quoique timidement – dans les premiers textes régionaux d'investissement. Les premiers instruments juridiques de la SADC, de la CAE et du COMESA revêtaient en revanche un minimum d'authenticité.

Le Protocole de la CEDEAO fait entorse à la cohérence qu'on aurait souhaitée dans l'environnement juridique des investissements en Afrique. Il est donc légitime de regretter l'effet de mimétisme juridique qu'il a subi. Les risques juridiques qu'il comporte pour les États hôtes sont énormes. La régulation des rapports entre les investisseurs et les États membres de la CEDEAO par le biais du Protocole sur l'énergie a l'air d'une œuvre lestée de clauses vivement contestées de nos jours par les États africains. La CEDEAO en a pris conscience en adoptant un texte beaucoup plus moderne et convenable à ses besoins.

### 2. *L'approche révolutionnaire de l'Acte additionnel de la CEDEAO portant sur les investissements*

De longue date déjà, le Traité révisé de la CEDEAO encourageait *« l'harmonisation des codes nationaux des investissements aboutissant à l'adoption d'un code communautaire*

[1386] *Idem.*

[1387] ECOWAS, *West African Power Sector Regulation Project*, pp. 8-9, disponible sur https://erera.arrec.org/wp-content/uploads/2016/08/Diagnostic-Report-on-ERERA-s-Interfaces.pdf, consulté le 24 décembre 2020.

*unique des investissements »*[1388]. Les chefs d'État et de gouvernement de la CEDEAO vont concrétiser ce rêve des pères fondateurs de cette organisation régionale par l'adoption, en 2008, du premier instrument juridique consacré *in extenso* à la réglementation des investissements[1389], notamment l'Acte additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires sur les investissements et leurs modalités d'application. Ce texte de la CEDEAO procure un sentiment étrange : il tranche nettement avec le Protocole sur l'énergie et se veut plus réformateur que les documents de la SADC, de la CAE et du COMESA. On peut s'en féliciter. Cependant, ces nouveautés accroissent les incohérences régionales en matière d'investissement. À cet égard, l'on est en droit de s'inquiéter.

Le Protocole de la CEDEAO de 2008 réserve un traitement national et la clause de la nation la plus favorisée aux investisseurs. Ces règles de protection ne renferment toutefois pas les clarifications et les limitations introduites dans le texte du COMESA. Ce qui le distingue nettement des autres textes, ce sont ses particularismes dans ses dispositions énonçant les autres clauses de protection des investisseurs. En effet, outre le traitement national et la clause de la nation la plus favorisée réservés aux investisseurs à la phase « pré » et « post » établissement, cette CER prévoit un troisième niveau de traitement qu'il a baptisé de *« normes régionales minimales »*[1390]. Dans les dispositions relatives à ce traitement, on aperçoit un façonnement des standards de protection, tels que le traitement juste et équitable et le standard de la protection et sécurité intégrales ; ainsi qu'un renforcement du principe de non-discrimination[1391].

Au surplus, l'Acte additionnel de 2008 se singularise par l'intégration de droits et d'obligations tant à la charge des investisseurs que des États d'accueil. Si l'Accord du COMESA, adopté une année plus tôt, prévoyait une disposition selon laquelle *« COMESA investors shall comply with all applicable domestic measure of the Member State in which the investments are made »*[1392], c'est le texte de la CEDEAO qui a véritablement mis en

---

**1388** Article 3 §2 (i) du Traité révisé de la CEDEAO de 1993.

**1389** Notons que le Protocole de la CEDEAO sur l'énergie adopté est le premier coup d'essai de réglementation des investissements par cette organisation régionale. Mais il s'agit d'un instrument juridique sectoriel, parce qu'il n'est pas entièrement dédié à la réglementation des investissements.

**1390** Article 7 de l'Acte additionnel de 2008. Voir aussi UNECA, *Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique. Implications pour l'intégration régionale, op. cit*., p.35

**1391** Article 7 § de l'Acte additionnel de 2008. Les dispositions relatives à l'expropriation et au transfert des fonds sont inscrites respectivement à l'article 8 et à l'article 10 du même texte.

**1392** Article 13 de l'Accord du COMESA.

relief la responsabilité des investisseurs dans les États d'accueil en consacrant un chapitre aux « obligations et devoirs des investisseurs et des investissements »[1393].

Pour parvenir à l'équilibre des intérêts publics et privés, les États d'accueil ont vu leurs droits renforcés et leurs responsabilités rehaussées. Malgré leurs nombreux droits, les États d'accueil sont astreints à l'obligation de transparence afin d'éviter l'arbitraire et l'injustice dans leurs relations avec les investisseurs étrangers[1394]. Eric De Brabandère et de Tarcisio Gazzini diront de l'Acte additionnel de la CEDEAO de 2008 qu'il est *« a paradigmatic attempt to redress the unbalanced character of investment treaties »*[1395]. Ce texte apparaît comme un instrument juridique révolutionnaire sur le continent. Une conséquence inattendue surgit de cette évolution : la cohérence recherchée dans les réglementations d'investissement en Afrique tardera à se réaliser, chaque CER voulant disposer de règles qui stimuleront le flux des investissements dans son espace afin de faciliter la croissance économique de ses États membres.

Dans la zone CEDEAO, les contradictions entre les textes de réglementation des investissements sont devenues importantes. Le Protocole de la CEDEAO sur l'énergie donne à remarquer de lourdes obligations à la charge des États d'accueil, puisque – comme indiqué dans les lignes précédentes - ce document porte délibérément les gènes d'un document émis par les pays exportateurs de capitaux[1396], notamment le TCE qui n'a pas songé aux devoirs des investisseurs à l'égard des États d'accueil[1397]. Le Secrétariat de la Charte de l'Energie a révélé que la priorité absolue de ce texte est d'octroyer *« une protection ayant force obligatoire aux investisseurs étrangers dans le secteur de l'énergie contre les principaux risques non-commerciaux, tels que le traitement discriminatoire, l'expropriation directe ou*

---

**1393** Au-delà du devoir des investisseurs de respecter les lois et les réglementations de l'État d'accueil ce chapitre contient des obligations plus spécifiques telles que le respect des droits de l'homme et des normes internationales du travail, l'obligation de s'abstenir des actes de corruption et de protéger l'environnement etc. Cf. Chapitre III de l'Acte additionnel de 2008.

**1394** Article 19 de l'Acte additionnel de 2008.

**1395** BRABANDERE (E.), GAZZINI, (T.), « The Role of African Regional Organizations in the Promotion and Protection of Foreign Investment », *op. cit.* p. 479.

**1396** *Ibidem,* p. 461.

**1397** BERNASCONI-OSTERWALDER (N.), « L'élargissement de la charte de l'énergie à l'Afrique et à l'Asie : défaire la réforme du droit international de l'investissement », *op.cit*., p. 4. La Charte de l'énergie voudrait doter les investissements d'une sécurité et d'une durabilité à toutes épreuves par la prohibition des mesures à effet équivalent à l'expropriation, HERNANDEZ-MENDIBLE (V.R.), **«** El Tratado sobre la Carta de la Energía y el arbitraje internacional de inversiones en fuentes de energías renovables. Caso Charanne B. V y Construction Investments S.A.R.L. vs. Reino de España », *Revista de Administración Pública*, N° 202, 2017, p.233.

*indirecte, ou la violation de contrats d'investissement individuels* »[1398]. Suivre une telle ligne de conduite ne peut que générer une profonde incohérence entre le Protocole de la CEDEAO sur l'énergie et l'Acte additionnel de 2008.

Avec l'adoption de l'Acte additionnel de 2008, la CEDEAO a pu établir un cadre juridique des investissements que l'on n'hésiterait pas à magnifier. Cet instrument juridique se pare d'une originalité et d'une modernité qui mettent en évidence son souci d'égalité entre les investisseurs et les États hôtes[1399]. Nombre de ses dispositions ayant été insérées dans les récents accords africains d'investissement, ainsi que dans d'autres accords internationaux conclus ultérieurement, ce texte a été considéré comme pionnier d'une nouvelle approche[1400]. Le juriste nigérian Fola Adeleke s'est montré dithyrambique à son égard, en déclarant que *« the ECOWAS rule is the most progressive agreement that is cognisant of the unique context of African States»*[1401].

On ne saurait réfuter l'importance des innovations que cet acte additionnel incorpore. Le degré des divergences qui ont pu émerger dans les CER africaines en matière de réglementation des investissements ne pourrait pas non plus être ignoré. L'adhésion de la plupart des États membres de la CEDEAO à l'UEMOA entrave également la cohérence du régime juridique des investissements en Afrique. Les propos suivants du professeur Séni Ouédraogo clarifient bien la situation : *« [e]n raison de la similitude de leur approche d'intégration, les relations entre ces deux organisations régionales, qui couvrent sensiblement les mêmes domaines, soulèvent un problème de compatibilité […] Il résulte pour l'essentiel du chevauchement dans les matières communes, de réglementations apparemment contradictoires »*[1402]. Bien que le droit des investissements de l'UEMAO soit plus ancien que celui de la CEDEOA, l'UEMOA se doit de s'aligner sur le cadre juridique

---

[1398] Voir Charte internationale de l'Énergie (2017), *Frequently Asked Question about the Energy Charter Process: What does the Energy Charter do?* disponible sur http://www.energycharter.org/process/frequently-asked-questions, consulté le 12 mars 2020.

[1399] Cf Article 31 (2) de l'Acte additionnel de la CEDEAO de 2008.

[1400] GAZZINI (T.), « Beyond Protection: The Role of the Home State in Modern Foreign Investment Law», *in* TITI (C.) (ed.), *Public Actors in International Investment Law*, *European Yearbook in International Economic Law,* 2021, p. 30. L'Acte additionnel de 2008 consacre une section entière aux droits et obligations des États d'accueil. Il s'agit de la section VI traitant des questions relatives à la facilitation des investissements, à la divulgation des informations, à la responsabilité civile des investisseurs et à la lutte contre la corruption.

[1401] ADELEKE (F.), *International Investment Law and Policy in Africa, op. cit.,* p. 144.

[1402]OUEDRAOGO (S. M.), « Les problèmes de la communautarisation du droit international des investissements dans l'espace UEMAO », *op. cit.,* p. 530.

des investissements de la CEDEAO[1403]. Toutefois, cette organisation ne suit pas encore la cadence de la CEDEAO en ce qui concerne les réformes.

Une pluralité d'incohérences a longuement régné dans les réglementations régionales d'investissement. C'est au lendemain de l'adoption d'un instrument continental, notamment le PAIC, que l'on sera témoin d'une convergence progressive des dispositions contenues dans les textes d'investissement révisés ou nouvellement élaborés par les CER africaines.

### § 2. DES ACCORDS RÉGIONAUX DÉSORMAIS SIMILAIRES

Précisons d'entrée que similarité n'est pas identité. L'impact du PAIC sur l'encadrement juridique des investissements au sein des CER africaines étudiées est tangible. Les innovantes dispositions insérées dans ce premier texte continental de réglementation des investissements ont donné lieu à l'élaboration ou à la révision des accords régionaux d'investissement. Plusieurs points de convergence apparaissent entre ces nouveaux textes avec le PAIC. On observe des convergences saillantes dans les objectifs et les concepts **(A).** Il en existe également dans les normes substantielles et procédurales **(B).**

## A. Les similarités constatées dans les objectifs et les définitions

Les CER africaines ont progressé considérablement dans leurs initiatives de réglementation des investissements. La nécessité de stimuler les investissements dans les espaces économiques africains a généré chez elles une ardente volonté de perfectionnisme. Les nouveaux instruments juridiques régionaux d'investissement poursuivent globalement les mêmes objectifs que le PAIC **(1)** et rejoignent ce texte continental sur certains aspects définitionnels **(2).**

### *1. Des objectifs communs*

Les instruments juridiques d'investissement récemment adoptés par les CER africaines sont absolument compatibles avec le PAIC en ce qui concerne les objectifs de développement durable des États africains.

À l'instar du PAIC, ils ont placé le développement durable au centre de leurs préoccupations de réglementation des investissements. Le plus récent, notamment l'ECOWIC, reprend presque textuellement l'objectif du PAIC. Ce Code vise à *« promouvoir, faciliter et à protéger les investissements couverts et qui favorisent le*

**1403** *Ibidem,* p. 531.

*développement durable de la région »*[1404]. Le développement durable, aux termes de l'ECOWIC, ne peut être favorisé qu'en renforçant les relations commerciales et d'investissements avec et au sein de la région, et entre la région et les investisseurs étrangers. Au cours d'une réunion tenue à Lomé en octobre 2018, les ministres chargés des investissements dans les États membres de la CEDEAO ont exprimé leur conviction en ces termes : *« L'ECOWIC et l'ECOWIP [Politique d'investissement de la CEDEAO] permettront d'améliorer les investissements et les relations commerciales au sein de la région et entre la région et les investisseurs étrangers ; de renforcer l'impact des investissements privés nationaux et étrangers dans la promotion de la croissance économique, l'expansion des échanges, l'amélioration du transfert de technologie, la création d'emplois et la promotion du développement ; de faciliter l'émergence d'un espace unique pour la politique d'investissement et d'un cadre d'administration des incitations harmonisées et efficace afin d'améliorer la disponibilité des ressources nationales pour le développement des États membres »*[1405].

Des objectifs similaires, inspirés du PAIC, ont été insérés dans le Modèle de TBI de la SADC et dans l'Accord révisé du COMESA[1406], ainsi que dans le Modèle de traité d'investissement de la CAE, à la différence que ce dernier texte fournit des détails selon lesquels *« [t]he main objective of this Treaty is to promote, facilitate, protect and increase investments between investors of one State Party into the territory of the other State Party that supports: employment generation, increased production and productivity, technology and skills transfer for local value addition, synergies with local firms and ultimately contribute to poverty reduction in the host State in a sustainable way »*[1407].

Sur les objectifs de développement durable, il se dégage une belle harmonie entre les accords régionaux d'investissement et le PAIC. En toute logique, ces objectifs ont orienté les discussions relatives au Protocole de la ZLECAf sur l'investissement. L'influence du PAIC sur les nouvelles réglementations régionales en matière d'investissement est

---

**1404** Article 2 § 2 de l'ECOWIC.

**1405** Voir AKA (A.), « Les ministres en charge des investissements des États membres adoptent la politique et code des investissements de la CEDEAO », 31 octobre 2018, disponible sur https://fopao.pepsup.com/articles/actualites/les-ministres-en-charge-des-investissements-adoptent-la-politique-et-code-des-investissements-de-la-cedeao-62129, consulté le 3 mars 2022.

**1406** L'article 1er du Modèle de TBI de la SADC dispose : *« The main objective of this Agreement is to encourage and increase investments [between investors of one State Party into the territory of the other State Party] that support the sustainable development of each Party, and in Particular the Host State where an investment is to be located »*. L'objectif de l'Accord révisé du COMESA est aussi de *« promote investments that support sustainable development in Member States »,* Cf. Article 2 (a) de l'Accord révisé du COMESA.

**1407** Article 1er du Modèle de traité d'investissement de la CAE.

indéniable. Ces dernières sont tournées vers le but d'attirer des investissements responsables susceptibles de favoriser le développement durable et la réduction de la pauvreté des États. C'est à juste titre qu'elles se sont inspirées de l'approche panafricaine pour définir certaines notions importantes.

### 2. *Des définitions convergentes*

Les nouveaux textes d'investissement du COMESA, de la CEDEAO et de la SADC établissent ouvertement un lien entre l'investissement et le développement durable comme l'a fait le PAIC. Ils n'entendent protéger que les investissements qui contribueront significativement au développement de l'État d'accueil[1408]. Le choix des rédacteurs de ces textes d'opter pour une définition de l'investissement fondée sur la notion d'entreprise en est la preuve.

La définition de la notion d'investissement était l'une des dispositions-phares de l'Accord commune du COMESA adopté en 2007. Cet instrument juridique avait retenu la définition de l'investissement basée sur les actifs avec une liste indiquant les opérations à qualifier d'investissements[1409]. Avec la révision de 2017, cet accord suit l'approche du PAIC qui définit l'investissement sur la base de la notion d'entreprise. Cette organisation régionale rappelait sur sa page officielle que l'Accord révisé *« est aligné sur le Code panafricain de l'investissement soutenu par l'Union africaine »*[1410]. Ce texte reprend les caractéristiques établies par le PAIC pour définir un investissement, notamment *« the substantial business activity, commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, the assumption of risk, and significance for the host State's development »*[1411].

Dans la zone SADC, le PFI de 2006 donnait une définition large de la notion d'investissement ou *open-list asset-based definition*[1412]. Lors de la révision de ce Protocole intervenue en 2016, inspirés par la première version du Modèle de TBI de la SADC, les États membres opteront pour une définition basée sur l'entreprise[1413]. Précisons que la première version du Modèle de TBI de la SADC offrait trois options de définition de la notion

---

**1408** Article 1 de l'Accord révisé du COMESA ; Article 2 du modèle de TBI de la SADC ; Article 1 de l'ECOWIC. La version révisée en 2016 optera pour la définition fondée sur l'entreprise. Cf. Article 1 du PFI de 2016.

**1409** Article 1 § 9 de l'Accord du COMESA de 2007.

**1410** OSEMO (W.), « Accord sur la Zone d'investissement commune », 27 avril 2020, disponible sur https://www.comesa.int/accord-sur-la-zone-dinvestissement-commune/, consulté le 26 mars 2022.

**1411** Article 1 de l'Accord révisé du COMESA.

**1412** Article 1 § 2 du PFI de 2006.

**1413** Article 1 du PFI de la SADC de 2016. Voir aussi KONDO (T.), « Comparison with Analysis of the SADC FIP before and after Its Amendment », *op. cit.*, p. 8.

d'investissement aux États[1414]. Au cours de la révision de ce document en 2017, les États membres de la SADC ont préféré évoluer vers une *entreprise-based définition* de la notion d'investissement[1415].

La justification fournie par les rédacteurs du Modèle de TBI de la SADC pour insérer ce type de définition dans la version révisée met en lumière les efforts des CER africaines de se conformer aux changements du régime africain des investissements, surtout aux dispositions du PAIC. Ceux-ci soutenaient que *« [t]he enterprise-based definition is now the predominant one emerging in Africa, with both the revised COMESA CCIA and the PAIC including this as the only option* »[1416]. Cette définition a l'avantage d'atténuer le risque d'une interprétation trop extensive de ce qui constitue un investissement et limite, par voie de conséquence, les créances contractuelles des États d'accueil vis-à-vis des investisseurs.

La CEDEAO a été plus circonspecte dans son Acte additionnel de 2008 portant sur les investissements : la notion d'investissement a été définie sur la base d'une liste fermée d'actifs ou *closed-list asset-based definition*[1417]. Le souci d'épouser l'approche du PAIC a néanmoins favorisé le choix de définir l'investissement autrement. L'ECOWIC va donc appréhender l'investissement comme une « entreprise » ou une « société ». Les activités économiques effectuées par cette « entreprise » ou « société », pour être protégées, *« requièrent un examen, au cas par cas, de toutes les circonstances, y compris, notamment: le montant de l'investissement effectué dans le pays d'accueil ; le nombre d'emplois créés ; son incidence sur la communauté locale ; la durée pendant laquelle l'entreprise a été en activité* »[1418]. Cette définition met en balance l'objectif de développement durable des États d'accueil avec la protection des investisseurs et de leurs investissements.

Le Modèle de traité d'investissement de la CAE incorpore la notion d'investissement basée sur l'entreprise (*entreprise-based definition*). Seulement, ce texte n'envisage pas clairement la contribution significative au développement de l'État d'accueil comme une caractéristique que doit présenter l'investissement. Il est resté implicite sur la question[1419].

Le PAIC a recommandé une prise en considération de ses dispositions par les États membres de l'UA à l'heure de conclure un nouvel accord avec un pays tiers afin d'éviter les

[1414]Article 1 § 9 de l'Accord d'investissement du COMESA de 2007.
[1415]Article 2 du Modèle de TBI de la SADC, *Special note*.
[1416] *Idem.*
[1417]Article 1 (c) de l'Acte additionnel de 2008.
[1418]Article 1 (h) de l'ECOWIC.
[1419] Article 2 du Modèle de traité d'investissement de la CAE.

conflits entre les obligations présentes ou futures[1420]. La faible nature juridique de ce texte continental rendra pénible la mise en œuvre de cette recommandation par les CER africaines. Il est cependant juste d'affirmer que les clauses innovantes contenues dans les textes régionaux d'investissement ultérieurs sont en majorité une reprise des nouveautés apportées par le PAIC dans la réglementation des investissements en Afrique.

## B. Les convergences observées dans les dispositions matérielles

L'harmonisation du droit des investissements en Afrique concerne tous les aspects de la matière. Elle suppose l'existence de normes substantielles et procédurales suivies par les États africains pris individuellement ou agissant comme membres d'une CER. Il existe une cohérence relative entre les nouvelles réglementations régionales des investissements et l'approche continentale impulsée par l'UA en la matière. Les dispositions des textes régionaux d'investissement reflètent des convergences à la fois encourageantes **(1)** et frappantes **(2).**

### *1. Des convergences encourageantes*

L'influence du PAIC sur les dispositions insérées dans les récents accords régionaux d'investissement est largement perceptible dans la formulation des standards de protection. L'ECOWIC fournit l'illustration la plus éloquente. Ce texte a une portée similaire à celle du PAIC en ce qu'il s'applique aux opérateurs économiques originaires d'un État membre de la CEDEAO et aux investisseurs étrangers opérant sur le territoire d'un État membre. Aussi renferme-t-il, comme le PAIC, une clause d'« *admission des investissements* » qui garantit la liberté d'établissement des investisseurs[1421]. On a pu observer qu'il envisage les standards du traitement national, la clause de la nation la plus favorisée et celle du libre transfert de capitaux, assortis de clarifications et d'une kyrielle d'exceptions tirées du PAIC[1422].

Les textes d'investissement des autres CER – dans une moindre mesure que l'ECOWIC - renferment également des points de ressemblance avec le PAIC en matière de protection substantielle des investissements. Les innovations du PAIC concernant les standards de protection se retrouvent largement dans l'Accord révisé du COMESA, le Modèle de TBI de la SADC et dans le Modèle de traité de la CAE. S'il est vrai que l'ECOWIC ne reprend pas exactement la formule du Code panafricain s'agissant de la compensation d'une

[1420] Article 3 § 3 du PAIC.
[1421] Article 4 de l'ECOWIC et Article 5 du PAIC.
[1422] Articles 8, 10, 14 et 16 du PAIC sur les exceptions aux standards de protection.

expropriation[1423] - pas plus que les textes du COMESA et de la SADC - il n'en demeure pas moins qu'il en est plus proche que les autres textes régionaux par son omission du standard du traitement juste et équitable[1424].

Des convergences apparaissent entre les accords régionaux d'investissement et le PAIC dans la réaffirmation du droit des États d'accueil de réglementer les investissements et de prescrire des résultats aux investisseurs. Le texte continental a probablement édifié les rédacteurs des accords régionaux d'investissement lors de la définition des clauses relatives aux politiques de l'emploi, au développement des ressources humaines, au transfert de technologies etc[1425].

Des dispositions novatrices sur les droits de propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels et le folklore des communautés locales ont également été insérées dans les accords adoptés récemment par les CER africaines[1426]. La reprise la plus fidèle de ces dispositions est à mettre à l'actif des rédacteurs du Modèle de TBI de la SADC et de l'ECOWIC. Les premiers ont tenu à préciser que les dispositions liées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels insérées dans le texte de la SADC sont dérivées du PAIC, et que cette démarche *« reflects, again, the growing convergence of Pan-African scope of content for investment treaties »*[1427].

Leurs pairs de la CEDEAO, tout en se servant du PAIC, se sont attelés à éclairer plus amplement le sens de ces questions ainsi que les droits et obligations qui en découlent pour les parties prenantes. Conformément à l'Article 49 de l'ECOWIC, la propriété intellectuelle dépasse les droits d'auteur et les droits connexes, de même que les droits de la propriété industrielle. Elle couvre également les droits des obtenteurs de plantes, les droits sur les

---

**1423** Le PAIC ne prévoit qu'une *« indemnisation adéquate »* en cas d'expropriation. Cf. Article 11 du PAIC.

**1424** L'omission du standard du traitement juste et équitable par les rédacteurs de l'ECOWIC est certainement due à la volonté des rédacteurs de ce texte de l'aligner ses dispositions sur celles du PAIC. Rappelons que le PFI de la SADC de 2016 omet également cette norme de protection.

**1425** Cf. Article 17 du PAIC, Cf. Article 20 et Article 21 du Modèle de TBI de la SADC de 2017 ; Cf. Article 16 du Modèle de Traité d'investissement de la CAE ; Cf. Article 13 de l'Accord révisé du COMESA ; Cf. Article 31 de l'ECOWIC.

**1426**Le PAIC énonce que *« les États et les investisseurs doivent, conformément aux normes généralement acceptées et aux pratiques internationales, protéger les systèmes de connaissance traditionnelle et les expressions culturelles ainsi que les ressources génétiques recherchés, utilisés ou exploités par les investisseurs, ou qui pertinents pour leurs contrats, pratiques et autres opérations dans les États membres ».* Article 25 § 4 du PAIC. Voir également MBENGUE (M. M.), SCHACHERER (S.) « Africanization of International Investment Law : The Pan-African Investment Code and the Reform of International Investment Regime », *op. cit.,* pp. 440-441.

**1427** L'article 26 du Modèle de TBI de la SADC porte sur les « Intellectual Property Rights and Traditional Knowledge ». Dans les commentaires du texte, il a été précisé que *« This Article is derived from the PAIC draft text ».*

savoirs traditionnels, le folklore et les ressources génétiques et d'autres droits et flexibilités reconnus au titre de l'Accord sur les Aspects des Droits de la Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC), la Convention sur la diversité biologique et de l'Accord international sur les ressources phylogénétiques[1428]. En substance, les communautés locales des États d'accueil ont des droits de propriété sur les pratiques, connaissances et technologies acquises de génération en génération et ont le droit d'en bénéficier collectivement avec les investisseurs. Ces droits doivent être protégés conformément aux normes, pratiques et droit coutumier admis et reconnus par les communautés locales des États membres qu'ils soient écrits ou non[1429].

Conscients de l'utilisation abusive des savoirs traditionnels, des matériels biologiques et du folklore par certains investisseurs[1430], les rédacteurs de l'ECOWIC ont fixé, entre autres conditions à l'obtention d'un brevet dans ces domaines, la preuve de la divulgation de la source et du pays des ressources biologiques et des connaissances traditionnelles utilisées dans l'invention, la preuve d'un partage juste et équitable des avantages avec les communautés locales etc[1431]. Le TBI de la SADC considère ce type de dispositions comme un complément unique aux clauses prônant le développement économique local par le biais des investissements[1432].

Les récents accords régionaux d'investissement doivent au PAIC bien d'autres dispositions qu'ils renferment. Les similarités entre les textes régionaux et l'approche continentale sont, de ce point de vue, saisissantes.

---

**1428** Article 49 § 1 (a) de l'ECOWIC.

**1429** Article 49 § 2 de l'ECOWIC.

**1430** Il convient d'indiquer que *« les savoirs traditionnels » et « folklore » englobent « les pratiques, représentations, expressions, connaissances, compétences – ainsi que les instruments, objets, artefacts, espaces culturels associés – que les membres des communautés et les groupes dans les États membres, reconnaissent comme patrimoine transmis de génération en génération »*. Il s'agit précisément, sans s'y limiter, des traditions et expressions orales, des arts de la scène, des pratiques sociales, rituels et événements festifs, des connaissances et pratiques relatives à la nature et à l'univers, et de l'artisanat traditionnel. Cf. Article 49 § 2 (a) de l'ECOWIC. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) définit les *« savoirs traditionnels » comme « les connaissances, le savoir-faire, les techniques et les pratiques qui sont élaborés, préservés et transmis d'une génération à l'autre au sein d'une communauté et qui font souvent partie intégrante de son identité culturelle et spirituelle »*. Cette organisation distingue les savoirs traditionnels au sens large, qui *« recouvrent les connaissances proprement dites ainsi que les expressions culturelles traditionnelles, y compris les signes distinctifs et les symboles associés aux savoirs traditionnels », des savoirs traditionnels au sens strict, qui eux « désignent les connaissance en tant que telles, en particulier celles qui résultent de l'activité intellectuelle exercée dans un contexte traditionnel et comprennent le savoir-faire, les pratiques, les techniques et les innovations ».* Voir YENTCHARE (P-Y.), « Partager les fruits de l'innovation avec les communautés autochtones ou locales : les 12 travaux d'Hercule ? », *RIDE*, Vol. XXX, N°1, 2016, p. 117.

**1431** Article 49 § 2 (v) de l'ECOWIC.

**1432** Commentaire de l'Article 26 du Modèle de TBI de la SADC.

## *2. Des convergences frappantes*

Les caractéristiques innovantes figurant dans les accords régionaux africains d'investissement sont, soit une initiative, soit un approfondissement opéré par le PAIC. L'une des plus brillantes innovations contenues dans ce document et qui en fait un instrument juridique particulier demeure sans doute l'imposition d'obligations directes à la charge des investisseurs et d'obligations horizontales pesant sur toutes les parties prenantes[1433]. On constate des convergences quasiment parfaites entre les récents instruments juridiques adoptés par la SADC, le COMESA et la CEDEAO[1434] relativement à cette évolution.

L'impact du PAIC sur les réglementations régionales d'investissement a été profondément ressenti sur la formulation de l'obligation des investisseurs d'observer les meilleures pratiques de gouvernance d'entreprise, de s'abstenir d'actes de corruption, de respecter les règles éthiques et les droits humains etc. Les termes du PAIC obligeant les investisseurs à s'engager dans la RSE ont consolidé l'unanimité qui prévalait sur la question. Ce texte rend opposable les engagements en matière de RSE aux investisseurs tandis que dans certains traités, les investisseurs sont simplement invités à fournir « leurs meilleurs efforts » en la matière. Le continent africain pourrait dès lors jouer un rôle avant-gardiste dans ce domaine[1435].

Cet impact est d'autant plus remarquable que l'exigence faite aux investisseurs de s'acquitter d'obligations socio-politiques est une innovation du PAIC reprise par la grande majorité des accords régionaux d'investissement analysés[1436]. Il en est de même du devoir des investisseurs d'utiliser les ressources naturelles des États d'accueil de manière responsable. Le COMESA est la première CER africaine à s'approprier cette clause novatrice du PAIC en droit des investissements[1437]. Suivront la SADC et la CEDEAO qui se sont ravisées en intégrant cette disposition du PAIC dans les nouveaux instruments juridiques. D'ailleurs, le comité de révision de ce du Modèle de TBI de la SADC ne s'en cache pas, puisqu'il a déclaré dans les commentaires de ce texte que *« this provision is drawn*

---

**1433** Le Chapitre 4 du PAIC est entièrement consacré aux « Obligations des investisseurs ».

**1434**La CAE ne peut être évoquée ici vu que son dernier document ne contient pas suffisamment d'obligations à la charge des investisseurs.

**1435** BRILLAT-CAPELLO (W.), « Les clauses de RSE dans les traités d'investissement », *Revue de droit des affaires internationales,* 2022, pp. 5-6.

**1436** Seul le Modèle de traité d'investissement de la CAE n'inclut pas explicitement les dispositions du PAIC sur les obligations socio-politiques des investisseurs.

**1437** Cf. Article 27 de l'Accord révisé du COMESA intitulé « Socio-political Obligations ».

*from the PAIC and the revised COMESA texts »*[1438]. Voilà une autre démonstration de la volonté manifeste des CER africaines de coordonner leurs règles d'investissement respectives en prenant le PAIC pour repère.

S'il est exact que le régime international des investissements passe progressivement de la protection des investisseurs à leur responsabilisation, la professeure Laurence Boisson de Chazournes atteste que *« cette tendance à la responsabilisation peut être observée, par exemple, dans les traités récents, et plus particulièrement dans les traités d'investissement et les accords de facilitation négociés sur le continent africain »*[1439]. Ce mouvement positif du cadre juridique des investissements en Afrique est essentiellement communautaire. C'est le résultat d'une évolution graduelle des réglementations d'investissement adoptées par les CER africaines, dont les similitudes entre les devoirs des investisseurs sont devenues incontestables depuis l'adoption du PAIC par l'UA.

L'approche panafricaine de réglementation des investissements tend à rééquilibrer les droits des investisseurs et ceux des États hôtes, tout comme leurs obligations. Là aussi, l'influence du PAIC sur les cadres juridiques communautaires d'investissement est significative. Pour retrouver les obligations des États hôtes autres que les exigences de protection des investisseurs qui pèsent sur eux, il fallait se référer à l'Acte additionnel de la CEDEAO de 2008 et, plus tard, au Modèle de TBI de la SADC de 2012. La position des CER africaines dans leurs nouveaux textes est, de nos jours, compatible avec la vision de l'UA de restaurer l'égalité dans les rapports entre les parties[1440].

Bien qu'elles soient moins saillantes que les précédentes, des ressemblances émergent entre les textes régionaux d'investissement et le PAIC en ce qui concerne les mécanismes de règlement des différends. Postérieurement au PAIC, les nouvelles réglementations régionales étudiées s'accordent sur le devoir pour les parties à un litige d'investissement de le résoudre préalablement à l'amiable. Elles leur offrent également la possibilité de résolution dans le cadre d'un contentieux interétatique[1441]. On a pu le vérifier, des variations peuvent être aperçues de tout bord sur l'accès à l'arbitrage : alors que le Modèle de TBI de la SADC de 2017 recommande une exclusion du mécanisme de RDIE aux États, le Modèle

---

**1438** Cf. Commentaire de l'Article 24 du modèle de TBI de la SADC sur les obligations socio-politiques.

**1439** Traduction personnelle. Pour la professeure Boisson de Chazournes, « *this responsabilization trend could be observed, for example, in recent treaties, and most notably, in investment treaties and facilitation agreements negociated on the African continent ».* BOISSON DE CHAZOURNES (L.), « Changes in the Balance of Rights and Obligations : Towards Investor Responsabilization », *op. cit.*, p. 83.

**1440** Cf. Chapitre IV de la présente étude sur la réadaptation des mécanismes de règlement des différends.

**1441** *Idem.*

de traité d'investissement de la CAE, l'Accord révisé du COMESA et l'ECOWIC donnent la faculté aux investisseurs d'y recourir en cas de survenance d'un litige contre un État d'accueil. En dépit de ces variations, les récents instruments juridiques d'investissement adoptés par les CER africaines sont concordants avec le PAIC sur l'exhortation faite aux parties envisageant l'arbitrage de préférer les institutions africaines à celles implantées hors du continent.

Sans doute les CER africaines ont-elles suivi les grandes lignes du PAIC dans leurs récents accords d'investissement. Elles ont été plus respectueuses de l'approche panafricaine de réglementation des investissements que les États pris individuellement.

## SECTION II. LA NÉGLIGENCE DÉCEVANTE DU PAIC PAR LES ÉTATS

L'ensemble des dispositions contenues dans le PAIC devrait servir de modèle aux États africains dans la réglementation de leurs opérations d'investissement. On constate néanmoins que les TBI conclus par les États africains ne reprennent pas toutes les clauses prévues par les rédacteurs de cet instrument juridique continental **(§ 1).** Quant aux législations nationales d'investissement adoptées par les États africains, leurs incohérences avec le texte adopté par l'UA sont abondantes, quoiqu'elles contiennent, pour la plupart, des nouveautés intéressantes **(§2).**

### § 1. LA PERSISTANCE DES DISCORDANCES DANS LES TBI

L'évolution du régime international des investissements en Afrique est également perceptible au niveau bilatéral. Certains États africains ont décidé d'évoluer vers un régime juridique consacrant un équilibre dans leurs nouvelles relations bilatérales en matière d'investissement. Il n'y a pas mieux que le PAIC pour leur dicter les nouvelles orientations. Et pourtant, les TBI signés par les États africains entre eux montrent des convergences limitées avec le texte continental **(A).** Dans les TBI conclus avec les États tiers, elles sont rares **(B).**

#### A. La cohérence limitée des TBI intra-africains

Au cours des négociations des TBI intra-africains, les États devraient s'assurer qu'ils tiennent dûment compte des clauses consignées dans le PAIC. L'exemple de deux TBI signés par le Maroc avec d'autres États africains révèlent que les négociateurs n'ont pas été

totalement fidèles au code panafricain[1442]. Le TBI Maroc - Nigéria de 2016, sans doute le plus moderne des TBI intra-africains[1443], recèle quelques incohérences avec le PAIC **(1).** S'agissant du plus récent, notamment le TBI Maroc – Congo de 2018, il n'affiche aucune harmonie avec l'approche panafricaine de réglementation des investissements **(2).**

## *1. Une harmonisation insuffisante du TBI Maroc-Nigéria avec le PAIC*

Négocié en parallèle avec le PAIC, le TBI Maroc - Nigéria reflète les orientations du texte panafricain en matière d'investissement. Il représente le symbole du changement de paradigme des États africains dans la régulation des investissements sur le plan bilatéral ; une tentative louable de ces deux États de rapprocher les TBI de l'évolution récente du droit international des investissements sur le continent africain[1444]. Par ce biais, le Maroc et le Nigéria ont rompu avec la tradition des États africains de calquer leurs TBI sur les modèles des pays exportateurs de capitaux. Cet accord constitue une solution des pays africains au contenu déséquilibré des TBI traditionnels en préservant la marge de manœuvre politique des États d'accueil et en faisant peser des obligations à la charge des investisseurs comme l'ont fait les rédacteurs du PAIC[1445].

Le TBI Maroc - Nigéria et le PAIC ont certains points de ressemblance. À l'instar du texte panafricain, le TBI Maroc - Nigéria promeut le développement durable des États signataires. À quatre reprises, il fait référence au développement durable dans son

---

**1442** Le Maroc est l'un des pays signataires du plus grand nombre de TBI intra-africains. Considéré comme le deuxième pays le plus attractif aux investisseurs en Afrique, le royaume chérifien est aussi un grand fournisseur d'investissements sur le continent avec des actifs de ses ressortissants répartis dans près de 30 pays. Voir *L'Economiste*, « Investissement : Le Maroc : 2ème pays le plus attractif d'Afrique », 21 septembre 2021, disponible sur https://www.leconomiste.com/flash-infos/investissement-le-maroc-2e-pays-le-plus-attractif-d-afrique, consulté le 8 mars 2022. Il est intéressant d'indiquer que « sur la période 2009-2019, les échanges commerciaux maroco-africains ont enregistré une « *croissance annuelle moyenne de 6, 1%, passant de 8, 3 milliards de dirhams à 21,6 milliards de dirhams […] Les investissements directs marocains en Afrique ont également évolué au cours de cette période, affichant un taux d'accroissement annuel moyen de 8, 3% entre 2009 et 2019. Ils sont désormais présents dans 29 pays contre 9 seulement en 2009 ».* Voir EL KHARMOUDI (M.) (dir.), « Maroc – Afrique : une coopération renouvelée », *Revue quadrimestrielle du Ministère de l'Economie, des Finances et de la Réforme de l'Administration,* Al Maliya, novembre 2020, N° 66, p. 7. Disponible sur https://www.finances.gov.ma/Maliya%20tawassol/almaliya66.pdf, consulté le 8 mars 2022.

**1443** Voir NYOMBI (C.), MORTIMER (T.), RAMSUNDAR (N.), « The Morocco – Nigeria BIT : Towards a New Generation of Intra-African BITs », *International Company and Commercial Law Review,* Vol. 29, n° 2, 2018, pp. 69-80.

**1444** GAZZINI (T.), « Le TBI 2016 Maroc-Nigéria : une importante contribution à la réforme des traités d'investissement », *Investment Treaty News,* N°3, vol. 8, septembre 2017, pp. 3-4, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/iisd-itn-septembre-2017-francais.pdf, consulté le 9 mars 2022

**1445** Le TBI Maroc – Nigéria constitue une solution des pays africains au contenu déséquilibré des TBI traditionnels en protégeant une marge de manœuvre politique des États d'accueil et en faisant peser des obligations à la charge des investisseurs comme l'ont fait les rédacteurs du PAIC. Voir EJIMS (O.), « The 2016 Morocco – Nigeria Investment Treaty : More Practical Reality in Providing a Balanced Investment Treaty », *op. cit.,* pp. 74-80.

préambule[1446] et en fait un critère de définition de la notion d'investissement tel qu'observé dans le PAIC[1447].

On relève toutefois des dissemblances entre ces deux instruments juridiques en ce qui concerne les standards de traitement. Alors que le PAIC prévoit de nombreuses exceptions aux standards de traitement, le TBI Maroc – Nigéria en prévoit moins. Les normes de protection contenues dans ce TBI sont très proches de celles traditionnellement énoncées par les TBI[1448]. Le *ratio legis* des exceptions aux normes de traitement étant de préserver le pouvoir de réglementation des États d'accueil dans un but d'intérêt public, on admettra donc que ce pouvoir n'est pas affirmé avec la même intensité selon qu'on est en présence du TBI Maroc – Nigéria ou du PAIC. De plus, l'intégration du standard du traitement juste et équitable, ainsi que de la protection pleine et entière dans le TBI Maroc – Nigéria crée un véritable hiatus entre ce TBI et le PAIC[1449].

En dehors des incohérences notées dans les standards de protection substantielle des investisseurs, le TBI Maroc – Nigéria ne s'approprie pas toutes les obligations énoncées par le PAIC à la charge des investisseurs. Les États signataires de ce traité se sont évertués à imposer aux investisseurs des obligations relatives à la protection de l'environnement[1450], la lutte contre la corruption[1451], l'observation des bonnes pratiques socialement responsables, des normes de gouvernance d'entreprise[1452], de même que des exigences de respecter les droits de l'homme et les droits des travailleurs ressortissants de l'État hôte[1453]. Néanmoins,

---

**1446** Plusieurs références ont été faites au développement durable dans le TBI Maroc-Nigéria comme c'est le cas du PAIC. On peut y lire les affirmations suivantes : « considérant l'importante contribution que les investissements peuvent apporter au développement *durable des États parties […] Souhaitant promouvoir, encourager et accroître les possibilités d'investissement qui favorisent le développement durable sur le territoire des États parties […] Comprenant que le développement durable exige la réalisation des piliers économique, social et environnemental qui sont intégrés dans le concept ».* Préambule TBI Maroc-Nigéria de 2016.

**1447** Le TBI Maroc – Nigéria constitue une solution des pays africains au contenu déséquilibré des TBI traditionnels en protégeant une marge de manœuvre politique des États d'accueil et en faisant peser des obligations à la charge des investisseurs comme l'ont fait les rédacteurs du PAIC[1447]. Cf. Article 1 § 3 du TBI Maroc – Nigéria.

**1448** Cf. Article 6 du TBI Maroc – Nigéria. Les autres dispositions, notamment l'expropriation et la liberté de transfert de fonds reflètent largement la pratique ancrée dans les TBI classiques. Cf. Article 8 et article 11 du TBI Maroc – Nigéria. Voir EJIMS (O.), « The 2016 Morocco – Nigeria Investment Treaty : More Practical Reality in Providing a Balanced Investment Treaty », *ICSID Review*, vol. 34, N°1, 2019, pp. 65 et suiv.

**1449**Article 7 § 1 du TBI Maroc – Nigéria

**1450**Article 14 et 18 du TBI Maroc – Nigéria.

**1451**Article 17 du TBI Maroc – Nigéria.

**1452** Articles 18 et 19 du TBI Maroc – Nigéria.

**1453** Cf. Article 15 du TBI Maroc – Nigéria. Il convient d'indiquer si que le TBI Maroc – Nigéria s'aligne sur le PAIC en exigeant le respect des droits humains par les investisseurs, ce TBI, à la différence du texte continental, a le mérite d'avoir fait une référence claire à ces droits dans son préambule. Voir généralement

les obligations socio-politiques et celles exigeant l'utilisation responsable des ressources naturelles des États d'accueil ébauchées par le PAIC font défaut dans ce TBI.

Pour ce qui est du contentieux relatif aux investissements, le TBI Maroc – Nigéria envisage des mécanismes qui ne sont pas forcément ceux recommandés par le PAIC aux États. En vertu du TBI Maroc – Nigéria, les parties sont habilités à recourir à l'arbitrage international en cas de survenance d'un litige. Contrairement au PAIC qui encourage expressément la saisine d'institutions arbitrales africaines, ce TBI autorise les parties à porter leurs différends devant n'importe quel organe arbitral international indépendant de l'État d'accueil[1454].

Tel que le prévoit le PAIC, le TBI Maroc – Nigéria subordonne le recours à l'arbitrage au principe de l'épuisement des voies de recours internes et à d'autres conditions secondaires. Il envisage également le contentieux interétatique[1455], mais il est différent du texte continental, en ce qu'il exige que tout différend entre les parties soit préalablement examiné par un Comité mixte dans le cadre des négociations et des consultations. Il s'en éloigne drastiquement par l'inclusion de dispositions relatives à la prévention des différends[1456] et aussi par l'omission du mécanisme des demandes reconventionnelles en faveur des États hôtes.

S'il est incontestable que le TBI Maroc – Nigéria est *« l'un des traités bilatéraux d'investissement (TBI) les plus innovants et les plus équitables jamais conclus »*[1457]*,* les points de dissemblance de ce texte avec le PAIC ne favorisent pas l'harmonisation souhaitée du cadre juridique africain des investissements. On pouvait, dans un premier temps, justifier cette situation par la coïncidence de la période de négociations de ce texte et du PAIC. Mais lorsqu'on analyse les accords ultérieurs adoptés par les États africains, il apparaît que ceux-ci rechignent à se mouler dans le cadre juridique continental des investissements.

ZUGLIANI (N.), « Human Rights in International Law : The 2016 Morocco – Nigeria Bilateral Investment Treaty », *ICLQ,* vol. 68, N°3, july 2019, pp. 761-770.

**1454** Les parties sont autorisées à recourir à l'arbitrage CIRDI, à l'arbitrage *ad hoc* sur le fondement des règles d'arbitrage du CNUDCI ou à tout autre tribunal arbitral dont la composition et les règles sont acceptées par les parties. Cf. Article 27 du TBI Maroc – Nigéria.

**1455** Cf. Article 28 du TBI Maroc – Nigéria.

**1456** Cf. Article 26 du TBI Maroc – Nigéria.

**1457** GAZZINI (T.), « Le TBI 2016 Maroc-Nigéria : une importante contribution à la réforme des traités d'investissement », *Investment Treaty News, op. cit.,* p. 3.

## 2. *Une harmonie inexistante entre le TBI Maroc-Congo et le PAIC*

Une étude de la CNUCED datant du 2 septembre 2019 rapporte que vingt-sept (27) des vingt-neuf (29) accords internationaux d'investissement (AII) conclus dans le monde en 2018 contiennent des éléments de réformes[1458] qu'il est possible de percevoir dans le TBI Maroc – Congo de 2018. Passé au peigne fin, ce TBI expose au grand jour les réticences des États africains à adopter l'approche panafricaine de réglementation des investissements dans leurs relations bilatérales. Le TBI Maroc – Congo s'écarte sensiblement du PAIC et même du TBI Maroc – Nigéria conclu deux ans plutôt. De manière regrettable, il élude les plus importantes innovations contenues dans le PAIC.

Cet accord bilatéral manque de mettre l'accent sur les objectifs de développement durable comme le PAIC. Les États signataires de ce TBI intra-africain reconnaissent la nécessité d'encourager et de protéger les investissements en vue de promouvoir leur prospérité économique. Ils appréhendent ainsi l'investissement comme une entreprise constituée, organisée ou exploitée de bonne foi par un investisseur d'une Partie sur le territoire de l'autre Partie, contribuant au développement durable de cette dernière[1459]. La vision de ces États ne peut cependant être matérialisée que lorsque des obligations substantielles viennent au soutien des objectifs de développement durable. Le TBI Maroc – Congo n'intègre malheureusement pas des obligations de ce type, tandis que le PAIC les prévoit à suffisance.

Aux termes l'article 2 § 2 de ce TBI, les investisseurs et leurs investissements, sur le territoire de l'autre Partie contractante, bénéficient d'un traitement juste et équitable et jouissent d'une protection et d'une sécurité entières[1460]. Une contradiction s'installe à ce propos entre ce TBI et le PAIC qui perçoit ces standards de traitement comme un frein à la réalisation des objectifs de développement durable des États d'accueil. Et cela, même si l'alinéa 3 de ce TBI énonce qu'aucune de ses dispositions *« ne sera interprétée de manière à empêcher une Partie Contractante de prendre des mesures qu'elle juge nécessaires pour des raisons de la sécurité ou pour le maintien de l'ordre public ou de la protection de la*

**1458** CNUCED, *Evolution récente du régime de l'investissement international : bilan de l'action menée dans le cadre de la deuxième phase de la réforme, op. cit.*, p. 3. Il y a lieu d'indiquer que si 29 AII ont été conclus dans le monde en 2018, seul le TBI Maroc – Congo est celui conclu entre des États africains. En d'autres termes, le TBI Maroc – Congo est le seul TBI intra-africain conclu en 2018. Voir KANE (M. M.), « International Investment Law and Policy : Overview of 2018 Developments in Africa », *in* SACHS (L. E.), JOHNSON (L. J.), COLEMAN (J.), (ed.), *Yearbook on International Investment Law and Policy,* 2018, p. 296.
**1459** Article 1 du TBI Maroc – Congo.
**1460** Article 2 § 2 du TBI Maroc – Congo.

*santé publique, de la stabilité financière ou de l'environnement, à condition que ces mesures ne soient pas appliquées d'une manière discriminatoire, abusive, ou injustifiée ».*

Les dispositions du TBI Maroc – Congo se rapportant au droit de réglementation des États sont utiles, mais elles demeurent trop succinctes par rapport à celles contenues dans le PAIC. La CNUCED relevait que les dispositions des accords d'investissement formulées en termes généraux peuvent donner lieu à des interprétations inattendues et contradictoires lors des procédures de règlement des différends d'investissement. *A contrario,* des clauses bien clarifiées contribuent à réduire l'incertitude et accroît la prévisibilité pour les investisseurs, les parties contractantes et les tribunaux[1461]. Le TBI Maroc – Congo ne comble pas cette attente.

Le standard du traitement national et la clause de la nation la plus favorisée garantis aux investisseurs et à leurs investissements sont assez larges[1462] et corrélativement distinctes de celles de la nouvelle génération des accords d'investissement à laquelle le PAIC appartient. Les clauses relatives à l'expropriation et au transfert des capitaux sont également classiques[1463]. En clair, les dispositions liées à la protection substantielle des investissements ne s'inscrivent pas dans les réformes intervenues dans le régime juridique des investissements à l'échelle continentale.

Enfin, l'élan de modernisation enclenché par le PAIC en matière de règlement des différends relatifs aux investissements en Afrique est difficilement observable dans le TBI Maroc – Congo. Cet accord envisage, en effet, le règlement des différends à l'amiable, ainsi que le contentieux interétatique[1464]. L'accès à l'arbitrage international est autorisé sans restriction majeure. Il n'est pas non plus exigé un recours aux institutions arbitrales situées sur le continent africain. L'arbitrage CIRDI demeurant le moyen privilégié de résolution des litiges entre l'investisseur et l'État signataire l'ayant admis sur son territoire[1465].

Le TBI conclu entre le Maroc et le Congo en 2018[1466] met en évidence l'étanchéité des frontières entre la réglementation des investissements voulue à l'échelle continentale et

---

**1461** CNUCED, *Évolution récente du régime de l'investissement international : bilan de l'action menée dans le cadre de la deuxième phase de la réforme, op. cit.*, p. 5.
**1462** Article 3 du TBI Maroc – Congo.
**1463** Article 4 et article 6 du TBI Maroc – Congo.
**1464** Article 10 du TBI Maroc – Congo.
**1465** Article 9 du TBI Maroc – Congo.
**1466** *Accord entre le Gouvernement du Royaume du Maroc et le Gouvernement de la République du Congo sur la promotion et la protection réciproques des investissements*, 30 avril 2018, disponible sur https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5809/download, consulté le 10 mars 2022.

celles décidées par les États dans leurs relations bilatérales. L'adoption du PAIC que l'on pensait être une occasion de favoriser une évolution linéaire du régime juridique des investissements en Afrique n'en est pas une. Les variations substantielles constatées sont plus nombreuses et profondes dans les TBI conclus par les États africains avec leurs partenaires étrangers.

## B. L'incohérence accentuée des TBI signés avec les États tiers

Pour des raisons que tout observateur peut attribuer à un manque de volonté politique ou à un attachement excessif des États africains aux valeurs souverainistes, l'harmonisation des réglementations d'investissement en Afrique est devenue un défi difficile à relever. Si les États africains n'ont pas réussi à aligner leurs TBI sur le PAIC, il n'est pas étonnant qu'ils peinent encore à faire accepter les clauses contenues dans ce texte continental par les États tiers. Ces derniers continuent à faire prévaloir leurs modèles de TBI dans leurs négociations d'investissement avec les États africains. Démontrons les divergences entre ces TBI et le PAIC **(1)** avant d'en découvrir les causes **(2) !**

### *1. Les divergences exposées*

Malgré le changement de langage qu'on note dans les TBI conclus par les États africains avec leurs partenaires étrangers, on réalise que ces instruments juridiques ne se conforment pas aux réformes opérées à l'échelle continentale. Les TBI conclus récemment, en l'occurrence, le TBI Japon – Côte d'Ivoire de 2020, le TBI Japon – Maroc de 2020, le TBI Burkina Faso – Turquie de 2019, le TBI Mali – Émirats Arabes Unis de 2018 et TBI Rwanda – Singapour de 2018[1467], en sont une preuve. Ces accords déçoivent par leur contenu. C'est le moins que l'on puisse dire, car ils n'obéissent pas à l'approche panafricaine de réglementation des investissements.

Une attention particulière portée sur les plus récents en date, notamment le TBI Japon – Côte d'Ivoire et le TBI Japon – Maroc révèle des différences surprenantes avec le PAIC sur plusieurs aspects. Ils ne comportent en effet aucune référence explicite au développement

[1467] Agreement between Japan and the Kingdom of Morocco for the Promotion and Protection of Investment, January 8 th, 2020 ; Accord entre le gouvernement de la République du Burkina Faso et le gouvernement de la République de Turquie sur la promotion et la protection réciproques des investissements, 11 avril 2019 ; Agreement between the Government of the Republic of Singapore and the Government of the Republic of Rwanda, June 14, 2018 ; Accord relatif à la promotion et la protection réciproques des investissements entre le gouvernement de la République du Mali et le gouvernement des Emirats Arabes Unis, 6 mars 2018. Tous ces TBI sont disponibles sur https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements, consulté le 14 mars 2022.

durable, ni dans le préambule, ni dans les dispositions de fond. Le TBI Japon – Maroc, tout comme ceux du TBI Mali – Emirats Arabes Unis et du TBI Rwanda – Singapour, se sont contentés d'énoncer dans le préambule que la promotion et la protection réciproque des investissements *« will be conducive to stimulation of business initiative and increase prosperity in both Contracting Parties »*[1468]. Une intention bien noble dont rien ne garantit pourtant la concrétisation !

L'accord entre la Côte d'Ivoire et le Japon fait pire, puisqu'il ne fait allusion qu'à la volonté de promotion des investissements dans les États signataires. En effet, les objectifs de développement « durable »[1469] sont difficilement décelables dans ces TBI, parce qu'ils sont enchâssés dans les dispositions matérielles au lieu d'être mis en relief. Les écarts les plus criards entre les dispositions de ces TBI signés par la Côte d'Ivoire et le Maroc avec leur partenaire japonais et celles du PAIC doivent être soulignés. Il s'agit, en premier lieu, de la définition extensive et vague de la notion d'investissement retenue par ces textes, alors même que cette approche a été formellement rejetée par le PAIC et la plupart des accords régionaux d'investissement[1470]. Telle est aussi l'approche du TBI Burkina Faso – Turquie et du TBI Mali - Emirats Arabes Unis qui conçoivent l'investissement comme « toute sorte d'actifs »[1471]. Le TBI Japon – Maroc ne daigne même pas exclure les investissements de portefeuille de la définition de la notion d'investissement.

En second lieu, les TBI conclus par la Côte d'Ivoire et le Maroc avec l'État japonais, comme celui signé par le Mali et les Emirats Arabes Unis, ont ramé à contre-courant du développement récent du régime juridique des investissements à l'échelle continentale en privant les États d'accueil du droit de prescrire des résultats aux investisseurs. Le TBI Japon – Côte d'Ivoire établit une longue liste d'activités qui ne devraient pas être soumis à des exigences de performance par l'État d'accueil[1472]. Dans le TBI Japon – Maroc, les États

---

**1468** Le TBI Rwanda – Singapour utilise des termes similaires à ceux du TBI Japon – Maroc dans son préambule. Le TBI Mali – Emirats Arabes Unis en fait en énonçant que les parties reconnaissent *« l'importance de la libéralisation croissantes de l'investissement pour stimuler l'initiative des investisseurs visant à promouvoir la prospérité dans les deux parties contractantes ».* Le TBI Burkina Faso – Turquie utilise un vocabulaire différent.

**1469** Nous avons mis le terme « durable » entre guillets parce qu'il n'apparaît nulle part dans le TBI Japon – Maroc.

**1470** Article 1 du TBI Japon – Côte d'Ivoire ; Article 1 du TBI Japon – Maroc.

**1471** En vertu de l'article 1 du TBI Japon – Maroc, *« the term 'investment' means* ***every kind of asset*** *made in accordance with applicable laws and regulations, and owned and controlled,* ***directly*** *or* ***indirectly****, by an investor […] »*, Cf. également Article 1 § 1 du TBI Burkina Faso – Turquie, Article 1 § 1 du TBI Mali – Emirats Arabes Unis. De ce point de vue, le TBI Rwanda – Singapour se distingue des autres traités en ce qu'il confond la notion d'investissement avec celle d'entreprise. Toutefois, sa définition de l'entreprise n'est pas exactement celle retenue par le PAIC. Cf. Article 1 du TBI Rwanda – Singapour.

**1472** Article 6 du TBI Japon – Côte d'Ivoire titrée « Prohibition of Performance Requirements ».

signataires réaffirmé leur engagement à prohiber les prescriptions de résultats comme l'impose l'Accord sur les Mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord MIC) auquel ils sont parties[1473].

Le TBI Mali - Emirats Arabes Unis, lui, dispose en son article 6 qu'« *aucune Partie Contractante n'imposera des mesures obligatoires concernant les investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante […] »*[1474]. Cette position vient déjouer les tentatives du PAIC et des nouveaux accords régionaux d'investissement de faire des exigences de performance un outil de développement national des États d'accueil. À cela, il faut ajouter qu'elle entrave l'harmonie des dispositions des textes régionaux d'investissement.

Les TBI sus-évoqués essaient, d'une manière ou d'une autre, de préserver la marge de manœuvre politique des États d'accueil[1475]. À cet égard, le TBI Japon Côte d'Ivoire est le texte le plus exemplaire. Le désir exprimé par ses négociateurs d'assortir les mesures de protection des investisseurs à des exceptions générales et spécifiques est aisé à apprécier à partir de l'article 15 et suivants ce texte[1476]. Des dispositions sur le non-abaissement des standards de protection sont aussi lisibles à l'article 20[1477]. Les TBI Japon – Côte d'Ivoire, Japon – Maroc et tous les autres TBI extra-africains mentionnés plus haut comportent toutefois moult contradictions avec le PAIC sur les standards de protection et les mécanismes de règlement des différends.

Les conventions bilatérales d'investissement conclues par les États africains avec leurs partenaires non-Africains ont, au surplus, ceci de déplorable d'être restés silencieux sur les obligations des investisseurs. Ce qui confirme la faible influence du document continental sur les relations économiques bilatérales des États africains. Les divergences entre ces textes sont si nombreuses qu'il n'est point besoin d'y consacrer d'amples commentaires, si ce n'est d'en éclaircir les mobiles.

---

[1473] Article 5 du TBI Japon – Maroc.

[1474] Article 6 TBI Mali – Emirats Arabes Unis.

[1475] Préambule du TBI Japon – Maroc.

[1476] Article 15 et suivants du TBI japon - Côte d'Ivoire.

[1477] L'article 20 du TBI Japon – Côte d'Ivoire dispose que *« Each Contracting Party recognizes that it is inappropriate to encourage investment by investors of the other Contracting Party and of the Non-Contracting Party by relaxing its health, safety or environmental measures, or by lowering its labour standards […] ».*

## *2. Les divergences expliquées*

De l'examen des récents TBI conclus par les États africains avec leurs partenaires économiques étrangers, il résulte que la voix de ces derniers est demeurée prédominante dans les négociations d'investissement. Le régime juridique des investissements a été modernisé aussi bien à l'échelle régionale que continentale. Chose qui devait laisser transparaître une cohérence dans les accords bilatéraux d'investissement signés avec les États non-Africains. La logique aurait voulu que depuis l'adoption du PAIC, les États africains parvinssent à convaincre leurs cocontractants étrangers, dès la phase des négociations, de fournir un effort pour s'adapter à leur nouveau cadre juridique d'investissement.

La peine qu'éprouvent les États africains à transposer certaines réformes intervenues dans leur régime juridique aux États étrangers est donc facilement explicable : il est fort à parier qu'un État ne disposant pas d'un modèle de TBI sera obligé de suivre les orientations contenues dans le Modèle présenté par l'autre partie contractante. En d'autres termes, il est peu certain que les États africains dépourvus de législations-types fassent triompher leurs vues au cours des négociations de TBI avec les États exportateurs de capitaux qui, eux, sont toujours dotés d'instruments juridiques adaptés à leurs objectifs[1478].

Les modèles de TBI sont susceptibles de jouer un rôle crucial dans les économies africaines où le désir d'attraction et de rétention des investissements entraînent bien souvent des négociations déséquilibrées[1479]. En effet, *« ces modèles pré-rédigés visent à promouvoir l'efficacité et la cohérence, en fournissant un point de départ pour les négociations sur les dispositions spécifiques des traités d'investissement [...] Les accords types peuvent indiquer, à la fois à l'extérieur et à l'intérieur du pays, la façon dont un État considère l'investissement étranger »*[1480]. Et Chester Brown d'ajouter que *« A State's Model BIT is a text that usually*

---

[1478] Les Modèles de TBI les plus récents adoptés par les pays exportateurs de capitaux sont, entre autres, le modèle de TBI du Canada de 2021, le Modèle de TBI de l'Italie de 2021, le Modèle de TBI de l'Union Belgique-Luxembourg de 2019, le Modèle de TBI des Pays-Bas de 2019. Textes disponibles sur https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements, consulté le 15 mars 2022. Les modèles néerlandais et italien ont été salués par la doctrine pour l'équilibre qu'ils ont essayé d'instaurer un équilibre entre les parties prenantes et leur souci de la promotion de la RSE. Voir par exemple DE BRABANDERE (E.), « The 2019 Dutch Bilateral Investment Treaty Model : Navigating the Turbulent Ocean of Investment Treaty Reform », *ICSID Review*, Vol. 36, N° 2, 2021, pp. 319-338 ; MALAGUTI (M. C.), « The New Italian Model BIT Between Current and Future Trends », *The Italian Review of International and Comparative Law,* vol. 2021, pp. 113-131.

[1479] Voir aussi NAM (J.), « Model BIT : An Ideal Prototype or A Tool for Efficient Breach », *Georgetown Journal of International Law,* vol. 48, 2017, pp. 1275-1308.

[1480] Traduction personnelle. Selon ces auteurs, *«[t]hese pre-drafted templates seek to promote efficiency and consistency by providing a starting point for negociations specific investment treaty provisions […] Model*

*forms a starting point for BIT negotiations; such a text may be prepared by one (or more) State parties to the treaty under negotiation, and the use Model BITs has proved to be efficient and convenient for States to develop extensive BIT »* [1481]. Sous la plume du même auteur, on comprend la nécessité d'élaborer ces instruments, lorsqu'il assure qu'un modèle de TBI est un instrument important qui représente l'expression de la politique d'investissement de l'État, sa position de négociation sur la protection des investissements étrangers, ainsi que sa réaction à la jurisprudence émanant des tribunaux arbitraux[1482].

Cela étant, la possession de modèles de TBI sera d'un grand secours pour les États africains lors des négociations d'accords d'investissement avec les États étrangers. Or, jusqu'à ce jour, très peu en disposent[1483]. À titre d'illustration, le Togo, à l'image de la grande majorité des pays africains, malgré ses efforts d'assainissement du climat des investissements, ne dispose pas d'un modèle de TBI auquel il pourrait faire référence à l'heure de négocier un nouveau TBI avec un autre État. Il serait souhaitable que le gouvernement togolais pense à l'élaboration de ce modèle pour y intégrer ses objectifs de développement socio-économique, ainsi que les moyens pour y parvenir grâce aux investissements étrangers. Des pays émergents, tels que le Pérou, la Colombie, l'Inde, le Brésil, le Guatemala ont compris la nécessité d'élaborer des Modèles de TBI dans le but de faciliter les négociations avec leurs partenaires[1484].

Il importe néanmoins de reconnaître que le tout n'est pas de posséder un modèle de TBI. Il va falloir qu'il soit moderne et attractif et, dans le contexte africain, convergent, par ses dispositions, avec l'approche panafricaine de réglementation des investissements. Le Maroc, seul pays africain ayant officiellement élaboré un modèle de TBI postérieurement au

---

*Agreements can signal to both external or domestic constituents how a State views foreign investment . »*DUGGAL (K. A.), DIAMOND (N. J.), « Model Investment Agreements and Human Rights : What Can we Learn from recent Efforts ? », *Columbia Journal of Transnational Law,* August 19, 2021, disponible sur https://www.jtl.columbia.edu/bulletin-blog/model-investment-agreements-and-human-rights-what-can-we-learn-from-recent-efforts#:~:text=Why%20Model%20Agreements%3F,safeguards%20against%20wrongful%20investor%20conduct., consulté le 24 avril 2022.

[1481] BROWN (Ch.), (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press, 2013, p. 2.

[1482] Chester Brown a démontré que *« the Model BIT is an important instrument whichs represents, inter alia, an expression of State's investment policy, its negotiating position on the protection of foreign investment, as well as (in some cases) its reaction to the jurisprudence emanating from arbitral tribunals ».* BROWN (Ch.), (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, *op. cit*., p. 2.

[1483] Signalons que le Burkina-faso dispose d'un Modèle de TBI datant de 2012. C'est officiellement le modèle africain le plus récent adopté sur le plan national, après celui du Maroc.

[1484] Les textes adoptés par ces pays émergents peuvent être consultés sur https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements, consulté le 15 mars 2022.

PAIC[1485], n'a pas pu jouer un rôle exemplaire. Le modèle de TBI que cet État a adopté en 2019, bien que comportant des innovations[1486], ne fait pas référence au PAIC. Ce modèle semble avoir été totalement ignoré par le Royaume du Maroc lors des négociations de l'accord bilatéral d'investissement avec le Japon en 2020 ; un constat d'autant plus amer ! Plusieurs dispositions de ce TBI sont loin de correspondre aux innovations du Modèle de 2019.

On aurait même pu s'attendre à ce que cet accord bilatéral empruntât au TBI Maroc – Nigéria de 2016, au demeurant, plus proche du texte panafricain. Hélas, il n'en a pas été le cas ! Il est par conséquent légitime de s'interroger sur ce qu'il adviendrait du Modèle de TBI du Kénya élaboré en 2020 et du *Sustainable Investment Facilitation and Cooperation Agreement (SIFCA)*, ce cadre juridique d'investissement mis en place il y a quelques années par la Gambie[1487]. Les documents sus-évoqués ne visent pas PAIC dans leur préambule. Certes, ils énoncent des dispositions novatrices. Mais leur conformité au PAIC aurait été judicieuse. Cette démarche aurait pu permettre d'éviter que les modèles de TBI des États non-Africains fassent toujours foi et loi dans les négociations.

Visiblement, les gouvernants africains mesurent mal ou peu les incidences des divergences présentes dans leurs réglementations sur les investissements. C'est le sentiment que l'on a, en analysant les codes nationaux des investissements.

---

**1485** Le Modèle de TBI du Maroc adopté en 2019 est disponible sur https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5895/download , consulté le 15 mars 2022.

**1486** Pour une analyse du Modèle de TBI du Maroc (différent du TBI Maroc – Nigéria et du TBI Japon – Maroc), voir EL-KADY (H.), RWANANGA (Y.), « Le Modèle de TBI du Maroc : caractéristiques innovantes et considérations politiques », *Investment Treaty News*, N° 2, vol. 11, juin 2020, pp. 24-29, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2020/06/20/moroccos-new-model-bit-innovative-features-and-policy-considerations-hamed-el-kady-yvan-rwananga/, consulté le 12 mars 2022.

**1487** Le Modèle de TBI du Kénya n'a pas encore été rendu public. En revanche, des commentaires sur le *SIFCA* sont disponibles. Voir par exemple HOUSTON (R. L.) et al., « Notes from Practice : Announcing the SIFCA Framework – Is the Confluence of Investment Protection with Business and Human Rights the Future of Investment Treaties ? », *Kluwer Arbitration Blog*, november 26, 2021, disponible sur http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/26/notes-from-practice-announcing-the-sifca-framework-is-the-confluence-of-investment-protection-with-business-and-human-rights-the-future-of-investment-treaties/, consulté le 15 mars 2022. Pour Mme Patience Okala, Directrice des affaires juridique de l'agence de promotion des investissements du Nigéria *(Nigeria Investment Promotion Commission, NIPC)*, lors d'un webinaire sur « Model Bilateral Investment Treaties in Africa » tenu le 24 mars 2022, le Nigeria dispose, depuis 2016, d'un modèle de TBI qui n'a pas été rendu public. Ce document, moderne, aux yeux de Mme Okala, invite l'État nigérian à n'admettre que des « investissements RIBS », c'est-à-dire, *« Responsible, Inclusive, Balanced and Sustainable »* Investments.

## § 2. L'ABONDANCE DES DISSEMBLANCES DANS LES LÉGISLATIONS NATIONALES D'INVESTISSEMENT

Les législations nationales renseignent sur les lignes directrices d'un État en matière de réglementation des investissements. Elles ne résultent pas de négociations bilatérales ou multilatérales qui forceraient les États au compromis sur certaines dispositions[1488]. Leur nature unilatérale devrait *a priori* faciliter leur conformité au Code panafricain des investissements. Sur ce plan, les États africains n'ont pas non plus fait montre d'une réelle volonté. Plusieurs d'entre eux ont modernisé leurs codes des investissements sans s'approprier les réformes engagées à l'échelle continentale **(A)**. L'on reste alors sceptique quant à une éventuelle remodulation des modifications opérées dans certaines lois nationales d'investissement adoptées antérieurement au PAIC **(B).**

### A. La non-appropriation du PAIC par les récentes législations nationales d'investissement

La convergence que devait engendrer l'adoption du PAIC est jusqu'alors ineffective dans l'ordre juridique interne des États africains. C'est ce que révèle le diagnostic réalisé sur les nouveaux codes des investissements adoptés par les États africains comme le Togo[1489], la Côte d'Ivoire[1490] et le Burkina Faso[1491] **(1).** Cette réalité n'est pas propre aux États d'Afrique occidentale. Elle est malheureusement observable dans toutes les régions d'Afrique **(2).** Les objectifs des textes nationaux d'investissement, les standards de protection et les mécanismes de règlement des différends qu'ils énoncent sont symptomatiques de cette réalité.

---

**1488** KAMAU (N.), « Investment Law and Treaty Reform in Africa : Fragments and Fragmentation », *African Journal of International Economic Law,* vol. 1, 2020, p. 204.

**1489** Le Nouveau Code des investissements du Togo a été adopté le 11 juin 2019 et promulgué le 17 juin de la même année par le président de la République. Voir AOUI (F.), « A l'Assemblée nationale : les députés ont voté la loi portant code des investissements », *Communiqué de presse,* 2020, disponible sur https://togopresse.tg/a-lassemblee-nationale-les-deputes-ont-vote-la-loi-portant-code-des-investissements/, consulté le 20 mars 2022. EUROCHAM, « Présentation du nouveau Code des investissements du Togo aux entreprises membres de la Chambre de Commerce Européenne au Togo », *Communiqué de presse*, 27 novembre 2020, disponible sur https://cce-togo.com/wp-content/uploads/2021/01/Communique-de-presse-Atelier-Code-des-investissements-du-TOGO.pdf, consulté le 20 mars 2022.

**1490** Le nouveau Code des investissements de la Côte d'Ivoire a été adopté le 1er Août 2018. Pour une analyse générale de ce Code, voir CEPICI, *Le nouveau code des investissements*, 36 p, disponible sur https://www.cepici.gouv.ci/web/docs/presentation-du-code-des-investissements.pdf, consulté le 20 mars 2022.

**1491** Le nouveau Code des investissements du Burkina Faso a été adopté en 2018.

## 1. *L'indifférence déplorable des États d'Afrique occidentale*

Le Code togolais des investissements, comme le PAIC, a pour objet de *« promouvoir, faciliter et protéger l'investissement durable et responsable »*[1492]. Seulement, il ne se réfère pas explicitement au texte panafricain. Cette nouvelle loi nationale d'investissement, adoptée en 2019, est une refonte du juridique d'investissement existant, et dont le dernier texte remonte à 2012[1493]. Ambitieuse et moderne, avec des innovations axées sur le Plan National de Développement (PND 2018-2022), elle a été adoptée dans le souci favoriser le développement socio-économique du Togo[1494]. À l'ouverture de la session parlementaire de son adoption, le Ministre togolais de l'Économie et des Finances, Sani Yaya, rassurait les élus du peuple que ce texte « *tient compte des pratiques des pays voisins et des standards internationaux* »[1495]. À y voir de près, le PAIC n'est pas entré en ligne de compte lors discussions. L'examen de la politique d'investissement (EPI)[1496] du Togo, récemment réalisé par la CNUCED, révèle par ailleurs que des faiblesses persistent dans le cadre juridique et institutionnel, et que, *« par certains aspects, l'approche préconisée contredit les bonnes pratiques »*[1497].

Il n'en va pas différemment des codes ivoirien et burkinabè des investissements adoptés un an plus tôt. Le premier entend favoriser *« le développement durable par des investissements productifs et socialement responsables […] »*[1498]. Le second, quant à lui, vise « *la promotion des investissements productifs concourant au développement*

---

**1492** Cf. Article 1 du Code des investissements du Togo.

**1493** Il faut toutefois préciser que le Code des investissements de 2012 n'est pas le plus ancien en la matière. Le premier Code des investissements du Togo *« a été institué par l'ordonnance n° 10 du 21 juillet 1965. Modifié le 10 janvier 1973, le 1er février 1978 et le 15 mai 1980, il a été réaménagé en 1985 ».* Voir MASSINA (P.), *L'interventionnisme économique au Togo : réinventer l'État, op. cit.*, p. 76.

**1494** CNP, « Togo : Un nouveau code des investissements à la hauteur des ambitions du pays », *Communiqué de presse*, 17 septembre 2020, disponible sur https://www.cnp-togo.org/index.php/2020/09/17/togo-un-nouveau-code-des-investissements-a-la-hauteur-des-ambitions-du-pays/, consulté le 20 mars 2022.

**1495**REPUBLIC OF TOGO, « Le Togo a un nouveau Code des investissements », 12 juin 2019, https://www.republiquetogolaise.com/investissement/1206-3229-le-togo-a-un-nouveau-code-des-investissements, consulté le 26 mars 2022.

**1496** L'EPI analyse les obstacles stratégiques, juridiques et institutionnels qui entravent le potentiel des IDE et freinent le développement du secteur privé local. Afin de surmonter ces obstacles, il propose une série de recommandations ciblées et concrètes qui sont basées sur le Cadre de politique d'investissement pour le développement durable de la CNUCED. Il présente aussi une stratégie pour attirer les investissements conséquents dans des activités plus diversifiées et mieux réparties sur le territoire. *« Toutes les mesures préconisées visent en outre à encourager l'émergence d'un secteur privé local fort et à déconcentrer l'activité économique au profit de toutes les régions du pays ».* Voir CNUCED, *Examen de la Politique d'Investissement (EPI) du Togo,* Genève, 2023, p. 4, disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/diae2023d2_fr.pdf, consulté le 23 avril 2023.

**1497** *Ibidem,* pp. 8-9.

**1498** Article 3 du Code des investissements de la Côte d'Ivoire.

*économique et social »*[1499]. Ces deux se fondent exclusivement sur des textes nationaux quand bien même des objectifs de développement durable y ont été introduits.

À s'en tenir au traitement réservé aux investisseurs, l'impact du PAIC sur les législations nationales en matière d'investissement est invisible. Le Code des investissements du Togo ne garantit que sobrement la protection de la propriété privée des biens[1500]. En l'occurrence, la note positive de ce texte, resté silencieux sur plusieurs clauses du PAIC, résulte de l'octroi d'un droit de réglementation à l'État en matière d'expropriation. En effet, *« [t]oute mesure réglementaire non-discriminatoire prise par l'État togolais, conçue et appliquée en vue de protéger ou d'atteindre des objectifs légitimes de bien-être public comme la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constitue pas une nationalisation ou une expropriation indirecte […] »*[1501].

À la différence du PAIC, les nouvelles législations ivoirienne et burkinabè d'investissement intègrent le standard du traitement juste et équitable. Aux termes du Code burkinabè, les entreprises étrangères jouissent d'un traitement juste et équitable, d'une sécurité et d'une protection constante et bénéficient de la même protection que les entreprises locales, en ce qui concerne les propriétés commerciales et la propriété intellectuelle[1502]. Ici, le standard du traitement juste et équitable n'a pas été circonscrit. Cette remarque est valable pour le Code ivoirien énonçant que *« [s]ous réserve des conventions bilatérales, régionales et multilatérales signées par l'État, les personnes physiques et morales étrangères, reçoivent un traitement juste et équitable au regard des droits et des obligations attachés à leurs investissements »*[1503]. Nombreuses sont les divergences entre les autres standards de protection contenus dans ces législations et ceux lisibles dans le Code panafricain.

Au-delà des incohérences en matière de traitement des investisseurs, les codes nationaux d'investissement adoptés par ces États africains ne sont pas aussi exigeants que le PAIC à l'égard des investisseurs. Bien au contraire, ils envisagent une multiplicité de mesures incitatives à leur profit selon la nature et les retombées économiques de leurs investissements[1504]. En témoignent les avantages accordés par le Code togolais aux

[1499] Article 2 du Code des investissements du Burkina Faso.
[1500] Article 6 du Code des investissements du Togo.
[1501] *Idem.*
[1502] Article 12 du Code des investissements du Burkina Faso.
[1503] Article 25 du Code des Investissements de la Côte d'Ivoire.
[1504] Le Chapitre VI du Code des investissements du Togo intitulé « Nature et durée des avantages accordés ». La section II du Chapitre II du Code ivoirien des investissements est dédiée aux « avantages accordés » aux

investisseurs, notamment les exonérations portant sur les droits, taxes, impôts indirects ou, dans le cas des importations, les autres impôts perçus au cordon douanier ; les crédits d'impôts reportables non remboursables sur impôts directs, et les exonérations portant sur la taxe foncière[1505].

Les codes nationaux d'investissement analysés ont tenté d'imposer certaines obligations aux investisseurs. Là-dessus, c'est la législation ivoirienne qui fait saillie, par l'inclusion des obligations essentielles des investisseurs dans son deuxième chapitre. Les responsabilités des investisseurs qui ressemblent aux différentes obligations prévues par le PAIC sont lisibles à l'article 36 qui stipule que *« l'investisseur doit respecter les lois et règlements en vigueur relatifs notamment aux droits de la personne, au droit du travail, à la responsabilité sociétale, à la protection de l'environnement, à la fiscalité et à la lutte contre la corruption et les activités illicites ».* L'investisseur est également tenu de se conformer aux normes techniques de management de qualité, sociales, sanitaires et environnementales[1506], ainsi qu'aux pratiques de RSE[1507] ; des impératifs assortis de sanctions en cas de non-respect[1508].

Il faut signaler que les mécanismes de règlement des différends varient d'un pays à un autre malgré qu'ils exigent tous un règlement amiable préalablement à la saisine des juridictions ou au recours à l'arbitrage. Se plaindre de ces variations serait oublier que le PAIC n'impose pas un mécanisme fixe de règlement des différends. Le texte continental n'est certainement pas à la source de leur démarche. Cela étant, la nouvelle loi togolaise prévoit la possibilité de saisir les juridictions nationales ou communautaires. En cas d'arbitrage, elle renvoie aux procédures de la Cour d'Arbitrage du Togo (CATO), de la CCJA ou du CIRDI, à condition qu'il existe un accord entre les parties à ce propos[1509].

Dans le contexte ivoirien, le règlement du CNUDCI sur la conciliation s'applique en cas d'échec du règlement amiable. L'offre unilatérale à l'arbitrage CIRDI est supprimée. Il y est

---

investisseurs. Pour ce qui est du Code burkinabè, il insère les mesures incitatives en faveur des investisseurs dans son Chapitre 2.

**1505** Chapitre VI du Code des investissements du Togo.

**1506** Article 37 du Code des Investissements de la Côte d'Ivoire.

**1507** Aux termes de l'Article 37 du Code ivoirien, l'investisseur peut être requis de fournir à l'agence chargée de la promotion des investissements des documents, tels que les états financiers, les rapports d'activités, les rapports sur la responsabilité sociétale d'entreprise etc.

**1508** L'investisseur contrevenant aux obligations du Code ivoirien des investissements peut se voir retirer son agrément par l'agence de promotion des investissements (CEPECI). Voir KEBE (M.), « Le nouveau Code des investissements en Côte d'Ivoire », *Investment Treaty News*, 19 septembre 2019, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2019/09/19/ivory-coasts-new-investment-code-focus-on-issues-related-to-sustainable-development-and-dispute-settlement-mouhamed-kebe-mahamat-atteib-mouhamoud-sangare/, consulté le 17 mars 2022.

**1509** Article 7 du Code des investissements du Togo.

privilégié la soumission des litiges au Centre d'arbitrage de la CCJA au détriment des institutions non africaines[1510]. Conformément au Code des investissements du Burkina Faso, la procédure arbitrale devant la CCJA ou le CIRDI, ne peut être initiée que lorsque les intérêts en jeu sont étrangers[1511].

Retenons que les dispositions des législations nationales susmentionnées diffèrent assez largement de celles rencontrées dans le PAIC. Leur différence formelle se double de leur éloignement matériel. Que ces législations nationales se distinguent du PAIC, on le conçoit volontiers. Instruments juridiques d'encadrement des investissements locaux et étrangers sur le territoire national, elles ne sauraient avoir une configuration identique à celle d'un texte comme le PAIC qui revêt la forme d'un traité d'investissement entre États. L'on ne pourrait cependant pas les acquitter. Ils auraient pu établir un lien plus étroit entre leurs codes des investissements et le PAIC, ne serait-ce qu'en s'appuyant sur le texte continental dans leur préambule et en reprenant ses dispositions les plus importantes. Ce manque d'attrait du PAIC est aussi prononcé sous d'autres cieux.

## *2. La négligence regrettable des autres États africains*

C'est connu : le développement durable est l'objectif le plus partagé des États africains sans exception. Toutefois, pour l'atteinte de cet objectif légitime, chaque État suit un chemin qui n'est pas exactement celui frayé par le PAIC. Prenons à témoin les récentes législations nationales d'investissement adoptées par l'Éthiopie, l'Angola et l'Égypte[1512].

Dans sa nouvelle loi sur l'investissement adoptée en 2020 (*Investment Proclamation 1180/2020)*[1513], l'Éthiopie envisage d'améliorer le niveau de vie de ses populations en réalisant un développement socio-économique « rapide, inclusif et durable » au moyen des

[1510]Article 50 du Code des investissements de la Côte d'Ivoire. Voir KEBE (M.), « Le nouveau Code des investissements en Côte d'Ivoire », *op. cit.* p. 2.
[1511]Article 39 du Code des investissements du Burkina Faso. Voir aussi KAMAU (N.), « Investment Law and Treaty Reform in Africa : Fragments and Fragmentation », *op. cit.,* pp. 205-206.
[1512] Une double raison explique le choix de ces pays comme exemple. Premièrement, ces pays se situent dans des régions différentes : Éthiopie, pays d'Afrique orientale ; Angola, en charnière entre l'Afrique centrale et australe ; Égypte, pays d'Afrique septentrionale. Deuxièmement, leurs législations nationales figurent parmi les plus récentes et les plus modernes en Afrique. A l'heure actuelle, le texte adopté par l'Éthiopie en 2020 est le plus récent.
[1513]Pour analyse du texte, voir GIUSTINI (A.) et al., « Ethiopian New Investment Framework - The Regulation », 12 p., disponible sur http://www.tadessekiros.com/wp-content/uploads/Client-Briefing-Ethiopia-Investment-Regulation-1.pdf, consulté 21 mars 2022 ; VARBANOVA (N.), « Ethiopian New Investment Framework : What Does It Means for Investors ? », 11 p., disponible sur http://www.tadessekiros.com/wp-content/uploads/ethiopias-new-investment-law%E2%80%93what-does-it-mean-for-foreign-investors.pdf, consulté 21 mars 2022.

investissements nationaux et étrangers[1514]. La législation éthiopienne entend donc attirer les investisseurs. Ses rédacteurs se sont offerts à y insérer des mesures d'incitation et de facilitation particulièrement intéressantes ; ce qui a été vivement encouragé par le PAIC.

Aucune mention explicite du développement durable n'est, en revanche, effectuée dans la loi angolaise 2018 sur l'investissement privé *(Private Investment Law).* Souligner clairement son importance comme l'ont fait les rédacteurs du PAIC aurait été idéal. Cet instrument juridique se focalise seulement sur la promotion des investissements par l'octroi de certains avantages aux investisseurs en vue de la réalisation de certains objectifs économiques et sociaux.

Mieux que l'Éthiopie et l'Angola, l'Égypte a su clarifier ses objectifs de développement durable dans son nouveau cadre juridique d'investissement. La loi sur l'investissement, adoptée en 2017, vise à augmenter les taux de croissance économique et les taux de production nationale afin de catalyser le développement durable[1515]. L'investissement, qu'il soit local ou étranger, est dès lors entendu comme *« l'utilisation d'argent pour la mise en place, l'expansion, le développement, le financement, l'exploitation ou la gestion d'un investissement de manière à contribuer au développement global et durable de l'État »*[1516].

La prépondérance des objectifs de développement durable dans la loi égyptienne - avantageuse à tous égards - proviendrait-elle des acquis du PAIC ? Il n'est pas périlleux d'apporter une réponse négative à cette interrogation. Cette loi paraît plutôt influencée par la *Stratégie égyptienne pour le développement durable* adoptée en 2015. Le respect des prescriptions de ce document, par la nouvelle législation nationale, justifie la poursuite des investissements de qualité au détriment de l'attraction des investissements en quantité par l'État égyptien[1517].

On ne pourrait dire des garanties de protection des investisseurs prévues par les législations nationales qu'elles forment un ensemble homogène. Leurs divergences persistantes avec le PAIC en sont le motif. Ces garanties se limitent essentiellement, dans les textes éthiopiens et angolais, à l'interdiction de l'expropriation sans compensation et à la

---

**1514** Cf. Point 5 de la deuxième partie *(Part Two)* de la Loi éthiopienne sur l'investissement.
**1515** Article 2 de la Loi égyptienne sur l'investissement.
**1516** Article 1 de la loi égyptienne sur l'investissement.
**1517** HUSSEIN (M. M.), « La nouvelle loi égyptienne relative à l'investissement met l'accent sur le développement durable et la facilitation », *Investment Treaty News,* 17 octobre 2018, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2018/10/17/new-egyptian-investment-law-eyes-on-sustainability-and-facilitation-moataz-hussein/, consulté le 22 mars 2022.

liberté de transfert des fonds relatifs aux investissements[1518]. La loi égyptienne dépasse, néanmoins, ces clauses pour exiger également que tous les investissements effectués en Égypte reçoivent un traitement juste et équitable et que les investisseurs étrangers jouissent d'un traitement national[1519].

L'équilibre entre les droits et les obligations des parties n'est pas suffisamment assuré dans la loi éthiopienne. Un regard superficiel sur le texte permet de s'en rendre compte : une partie entière a été dédiée aux mesures incitatives, aux garanties de protection et à la facilitation des investissements[1520], tandis que les obligations des investisseurs ne figurent que dans des dispositions timidement insérées dans la partie réservée aux « dispositions diverses »[1521]. Dans le souci d'encourager des investissements responsables, cette loi énonce que *« [a]ll investors shall give due regard to social and environmental sustainability values including environmental protection standards and social inclusion objectives in carrying out their investment projects »*[1522]. C'est une avancée, il faut la lui rendre. Pourtant, il est possible de déplorer l'absence de plusieurs obligations importantes, telles que les obligations liées à la lutte contre la corruption, le respect des droits de l'homme et des travailleurs etc. Le PAIC aurait pu être d'une grande utilité par cet exercice.

La loi angolaise sur l'investissement privé n'instaure pas non plus des rapports symétriques entre les parties. Et pour cause, les *« Benefits and Concessions for the Investors »* et les *« Regimes, Benefits and Concessions »* contenus dans les Chapitre V et VI de cette législation pèsent bien plus que les « *Rights, Duties and Guarantees of the Private Investor »* insérés dans le quatrième chapitre. On le réalise sans coup férir, même dans le chapitre imposant des obligations aux investisseurs, place est encore faite aux droits et garanties de ces derniers. Il est clair que le texte n'est guère à l'image du PAIC.

La législation égyptienne semble sortir du lot : elle dispose d'un cadre juridique relativement équilibré aux investisseurs et à l'État égyptien. Les garanties de protection offertes par ce texte aux investisseurs ont été contrebalancées par des obligations. Le texte égyptien est, de ce point de vue, digne d'être salué pour ses dispositions novatrices. Il énonce

---

**1518** Cf. Points 19 et 20 de la loi éthiopienne sur l'investissement. Cf. Article 14 à 16 de la loi angolaise sur l'investissement.

**1519** Articles 3 et 4 de la Loi égyptienne sur l'investissement.

**1520** « Investment Incentives, Guarantees and Protection, and Facilitation ». Voilà le titre de la quatrième partie (Part Four) de la loi éthiopienne d'investissement.

**1521** La dernière partie de la loi éthiopienne des investisements *(Part Nine)* est intitulé : « Miscellaneous provisions ». Les obligations des investisseurs sont intégrées au point 54 titré « Duty to Observe Other Laws and Social and Environmental Sustainability Values ».

**1522** *Idem.*

la responsabilité sociétale de l'investisseur. En vertu de son article 15, ce dernier, dans le but de contribuer au développement global et durable de l'État hôte, peut consacrer une partie de ses bénéfices pour créer un système de développement social, en dehors de son projet d'investissement[1523]. De plus, il est utile d'indiquer que si les mesures incitatives disponibles au profit des investisseurs sont nombreuses, elles ont été savamment pensées et strictement conditionnées. Parmi elles, celles qui sont relatives aux incitations spéciales entendent soutenir les entreprises dont les activités sont réellement tournées vers le développement en tenant compte de leurs emplacements géographiques et de leurs secteurs d'activités[1524].

Le cadre juridique des investissements dans les États africains a connu des réformes pertinentes depuis quelques années. Nul n'en disconviendrait. Il est toutefois malaisé de conclure à un quelconque impact du PAIC sur l'ordre juridique interne de ces États. Il sera, par ailleurs, délicat d'engager un redressement des positions fermes adoptées par certains États africains dans leurs nouvelles lois nationales d'investissement entrées en vigueur à la veille de l'adoption du PAIC.

## B. L'improbable réadaptation des législations nationales antérieures au PAIC

La modernisation des lois nationales d'investissement en Afrique est récente. L'activisme de certains États africains, tels que l'Afrique du Sud et la Namibie, est remarquable[1525]. À la suite de l'évaluation des externalités négatives des TBI traditionnels

---

[1523] À cet effet, l'investisseur pourra participer à un ou à plusieurs domaines suivants : *« 1.Prendre les mesures nécessaires pour protéger et améliorer l'environnement ; 2. Fournir* des *services ou des programmes dans les domaines de la santé, de la protection sociale, de la culture ou d'autres domaines de développement ; 3. Soutenir l'enseignement technique ou le financement de la recherche, des études ou des campagnes de sensibilisation visant à développer et à améliorer la production, en accord avec les universités ou les établissements de recherche scientifique ; et 4. Soutenir la recherche et la formation scientifique ».* Article 15 de la Loi égyptienne sur l'investissement.

[1524] Article 11 de la Loi égyptienne sur l'investissement. Voir généralement, MBENGUE (M. M.), « Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment law », *op.cit.,* p. 464.

[1525] La Tanzanie est aussi l'un des plus grands réformateurs du régime juridique des investissements dans l'ordre juridique interne. Ses réformes sont progressistes, voire nationalistes, et auraient mérité d'amples développement. Néanmoins, pour la commodité de l'étude, le choix a été fait de ne démontrer que les dissemblances des législations sud-africaines et namibiennes avec le PAIC. Ce choix s'explique davantage par le fait que les textes tanzaniens sont postérieurs au PAIC et ne relèvent pas intrinsèquement du droit des investissements. Il s'agit précisément du *Natural Wealth Resources (Permanent Sovereignty) Act* de 2017. Cette loi est disponible sur https://www.madini.go.tz/media/Natural-Wealth-and-Resources-Permanent-Sovereignty-Act-2017.pdf, consulté le 26 avril 2022. En effet, l'article 6 de cette loi déclare illégal tout contrat d'investissement qui ne serait pas conforme aux *« interests of the People and the United Republic ».* Cette loi pose également la règle selon laquelle les contentieux d'investissement liés à la souveraineté permanente sur les ressources nationales ne peuvent être connus par des cours ou tribunaux étrangers. Voir MBENGUE (M. M.), « 'La loi des nations est faite de fer' ? Reconnaissance et décolonisation du droit international des

sur sa marge de manœuvre politique, l'État sud-africain a mis unilatéralement fin à ses accords bilatéraux d'investissement avec ses partenaires économiques étatiques[1526]. À la place de ces TBI, il a dû promulguer le *Protection of Investment Act* en 2015[1527]. Les réformes substantielles et procédurales incorporées dans cette loi nationale sont si radicales que son alignement sur le PAIC, à court terme, est incertain **(1).** De même, la législation d'investissement promulguée par le gouvernement namibien en 2016, fort de son approche progressiste, se prête au même jugement **(2).**

### *1. La remodulation incertaine du* South African Protection of Investment Act

L'adoption du *Protection of Investment Act* par l'État d'Afrique du Sud est la traduction du renoncement de cet État, deuxième puissance économique d'Afrique, aux TBI traditionnels qui, à ses yeux, sont en inadéquation avec ses perspectives de croissance socio-économique. Le gouvernement sud-africain estimait que *« the treaties were exploitative, unequal and excessively constrictive for government's policies aimed at fighting poverty […] BITs were greater harm than help to the country's developmental objectives »*[1528]. Sa décision d'y mettre fin a été attisée par certaines sentences arbitrales rendues en sa défaveur.

---

investissements », *op. cit*., p. 114 ; voir aussi PATHIRANA (D.), « Sovereign Rights to natural resources as a Basis for Denouncing International Adjudicating of Investment Disputes : A Reflection on the Tanzanian Approach », disponible sur https://www.afronomicslaw.org/2020/09/11/sovereign-rights-to-natural-resources-as-a-basis-for-denouncing-international-adjudication-of-investment-disputes-a-reflection-on-the-tanzanian-approach, consulté le 27 avril 2022 ; A ce dispositif législatif, sans doute plus austère que le PAIC à l'égard des investisseurs étrangers, il faut ajouter le *Natural Wealth and Resources Contracts (Review and Re-Negociation of unconscionable Terms) Act* de 2017 qui réitère le pouvoir de l'Assemblée nationale tanzanienne de réviser les contrats relatifs à l'exploitation des ressources naturelles, et de s'assurer qu'ils ont été conclus *« in good faith and fairly, at all times, observe the interests of the People and the United Republic ».* Cf . Section 4 § 2. Voir aussi KAMAU (N.), « Investment Law and treaty reform in Africa : Fragments and Fragmentation », *op. cit.,* p. 211 ; voir aussi PASTORY (W. R. B), « Challenges of the Legal Protection of Foreign Investment in the Mining Sector in Tanzania's Mainland : A Case Study of Lake Zone », *Journal of Legal Studies and Research*, vol. 8, Issue 1, january 2022, pp. 13-54. Pour une analyse approfondie de la législation tanzanienne en matière d'investissement, voir PETER (C. M.), MWAKAJE (S. J.), « Public Participation and the Adoption of Investment Codes : Observation of a Mixed Practice from Tanzania », *in* DE BRABANDERE (E.), GAZZINI (T.), KENT (A.), (dir.), *Public Participation and Foreign Investment Law : from the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes,* Brill, Martin Nijhoff, 2021, pp. 156-174.

**1526** L'Afrique du Sud a mis fin à ses TBI conclus avec l'Autriche, l'Union économique Belgique – Luxembourg, le Danemark, la France, l'Allemagne, les Pays-Bas, l'Espagne, la Suisse et le Royaume-Uni. Par ailleurs, le gouvernement sud-africain a décidé de réduire le nombre de TBI en vigueur à 12. MBENGUE (M. M.), « Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law », *op. cit.,* p. 464.

**1527** Le *Protection of Investment Act, Act N° 22 of 2015*, Official Gazette, Vol. 606, N° 39514, disponible sur https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws, consulté le 24 avril 2022.

**1528** QUMBA (M. F.), « Safeguarding Foreign Direct Investment in South Africa : Does the Protection of Investment Act Live up to Its Name ? », *South African Journal of International Affairs,* Issue 3, vol. 25, 2018, p. 342.

On évoquera l'affaire *Swiss Investor c. Afrique du Sud*[1529] et surtout l'affaire *Foresti* dans laquelle les investisseurs étrangers avaient contesté la Loi sud-africaine sur le développement des mines et du pétrole, et la Charte minière, au motif qu'ils auraient été victimes d'expropriation en s'adaptant aux exigences de la Loi pour l'émancipation économique des Noirs[1530].

Rompre unilatéralement des conventions bilatérales pour leur substituer un texte national – qu'elles que puissent être les atouts s'y associant - prend l'air d'une dénonciation. S'il est vrai que la nouvelle législation contient des avancées justifiables, le virage du gouvernement sud-africain fait pourtant redouter une difficile réadaptation des dispositions de la loi sud-africaine à celles incluses dans l'instrument juridique panafricain. C'est un constat que tout observateur pourra dresser, l'ossature de la Loi sud-africaine de 2015 sur la protection de l'investissement ne correspond pas exactement au contenu du PAIC, quoiqu'il existe un rapprochement apparent entre certaines de leurs dispositions de fond.

Une triple mission est en effet assignée au nouveau texte sud-africain : celle de protéger les investissements de sorte à rétablir l'équilibre entre les intérêts de l'État et ceux des investisseurs, d'affirmer le droit souverain de l'État de réglementer les investissements dans un but d'intérêt public et d'adapter la Loi nationale aux contraintes de la Constitution sud-africaine[1531]. Similaire au PAIC par ses objectifs, le *Protection of Investment Act* s'en

---

**1529** Dans cette affaire, l'État sud-africain a été condamné pour avoir manqué de protéger l'investisseur suisse dont la propriété a été vandalisée par les ressortissants de la communauté locale. La sentence issue de cette affaire portée devant le CNUDCI n'a pas été rendue publique. Voir PETERSON (L. K.), « Swiss Investor Prevailed in 2003 in Confidential BIT Arbitration over South Africa Land Dispute », October 22, 2008, disponible sur https://www.iareporter.com/articles/swiss-investor-prevailed-in-2003-in-confidential-bit-arbitration-over-south-africa-land-dispute/, consulté le 25 avril 2022.

**1530** CIRDI, *Piero Foresti, Laura de Carli et consorts c/ Republic of South Africa*, N°ARB(AF)/07/1, sentence finale, 4 août 2010, disponible sur https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-piero-foresti-laura-de-carli-and-others-v-republic-of-south-africa-award-wednesday-4th-august-2010, consulté le 25 avril 2022. Voir aussi MOROSINI (F.), « Mettre le droit de réglementer consacré dans les politiques et les lois relatives à l'investissement au service du développement : réflexions à partir des données d'expérience de l'Afrique du Sud et du Brésil », *Investment Treaty News*, 30 juillet 2018, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2018/07/30/making-the-right-to-regulate-in-investment-law-and-policy-work-for-development-reflections-from-the-south-african-and-brazilian-experiences-fabio-morosini/, consulté le 25 avril 2022.

**1531** Il a été prévu que *« [t]he purpose of this Act is to – a) protect investment in accordance with and subject to Constitution, in a manner which balances the public interest and the rights and obligations of investors ; b ) affirm the Republic's sovereign right to regulate investment in public interest ; and c) confirm the Bills of Rights in the Constitution and the laws that apply to all investors and their investments in the Republic ».* Cf. Section 4, *Protection of Investment Act*. Sur le droit de réglementation de l'État d'accueil envisagé par la loi sud-africaine, Voir généralement MOROSINI (F.), « Mettre le droit de réglementer consacré dans les politiques et les lois relatives à l'investissement au service du développement : réflexions à partir des données d'expérience de l'Afrique du Sud et du Brésil », *op. cit.,* 4 p. Il convient de préciser que la Loi sud-africaine sur la protection de l'investissement a été intrinsèquement rattachée à la Constitution. Voir GAZZINI (T.), « Rethinking the Promotion and Protection of Foreign Investments : South Africa's Protection of Investment

distingue pourtant par certains points relatifs aux standards de traitement des investisseurs et de leurs investissements[1532]. Parmi les deux règles constitutives du principe de non-discrimination en droit international économique, seul le standard du traitement national a été retenu[1533]. La clause de la nation la plus favorisée, qui sera plus tard insérée dans le PAIC, fait défaut dans la loi sud-africaine.

Une autre discordance entre cette législation nationale et le texte continental réside dans leurs approches du fameux standard du traitement juste et équitable. La loi sud-africaine l'omet, mais le supplée par une autre règle moins exigeante, d'autant qu'elle ne se réfère pas expressément à la conduite discriminatoire de l'État sud-africain. Il s'agit du *fair administrative standard* qui suppose que les autorités sud-africaines, pour la matérialisation de leurs politiques publiques, ont la faculté d'adopter des mesures discriminatoires *de facto*, mais pas *de jure*[1534]. Souvenons-nous que l'approche du PAIC concernant le standard du traitement juste et équitable est radicale : cette norme de protection chère aux investisseurs étrangers a été omise sans qu'aucun palliatif ne lui soit apporté. Le texte continental n'intègre pas non plus la clause de la protection pleine et entière des investisseurs et de leurs investissements. Là encore, la loi sud-africaine sur la promotion de l'investissement s'est voulue plus modérée en procédant non à une suppression, mais plutôt à une réduction de la clause à la seule sécurité physique de la propriété des investisseurs[1535].

Le changement le plus marquant intervenu dans le cadre juridique des investissements en Afrique du Sud est la suppression du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et État (RDIE). Faute d'avoir prévu le mécanisme de RDIE, la loi sud-africaine prévoit des remèdes locaux : en cas de survenance d'un différend entre un investisseur et l'État, les parties doivent d'abord chercher à le régler au moyen d'une médiation facilitée

---

Act 22 of 2015 », *in* HODU (Y. N.), MBENGUE (M. M.), *African Perspective in International Investment Law, op. cit.,* p. 132.

**1532** La règle d'expropriation et le libre transfert des fonds ne sont pas identiques dans les textes. Le texte sud-africain subordonne l'expropriation à une compensation juste et équitable alors que le PAIC exige, en la matière, une indemnisation adéquate (Cf. Section 11). La clause du libre transfert des fonds contient également quelques nuances mineures avec le PAIC (Cf. Section 10). Voir CARIM (X.), « Concilier les accords internationaux d'investissement avec la transformation structurelle de l'Afrique : l'expérience de l'Afrique du Sud », *Rapport sur les politiques liées à l'investissement,* Centre Sud, 4 août 2015, pp. 4-6.

**1533** Cf. Section 8 du *Protection of Investment Act*.

**1534**Cf. Section 6 du *Protection of Investment Act*. Voir aussi MBENGUE (M. M.), « Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment law », *op.cit.,* p. 465.

**1535** Suivant l'affaire *Saluka* (CNUDCI, *Saluka Investments B. V. c/ République tchèque*, sentence, 6 juin 2008), la nouvelle législation sud-africaine d'investissement restreint le standard de la protection pleine et entière telle que formulée dans la majorité des TBI. Elle énonce en substance que *« [t]he Republic must accord foreign investors and their investments a level of physical security as may be generally provided to domestic investors in accordance with minimum standards of customary international law and subject to available resources and capacity »*. Cf. Section 9 du *Protection of Investment Act*.

par le Département sud-africain du commerce et de l'industrie. Si ce moyen se révèle infructueux, les parties pourront porter leur différend devant les juridictions nationales. L'arbitrage investisseur – État étant indisponible, les parties pourraient envisager l'arbitrage interétatique à condition que l'État sud-africain y ait préalablement consenti[1536]. Des éléments de la loi sud-africaine et le PAIC se recoupent. Toutefois, le texte continental n'envisage pas le rejet catégorique du mécanisme de RDIE même s'il s'en méfie.

Un auteur, à l'analyse de la Loi sud-africaine sur la protection de l'investissement, considérait à juste titre que *« it challenges the foundations of IIL [International Investment Law] in more profound ways that it is often acknowledged »*[1537]. Il faut par ailleurs indiquer que l'Afrique du Sud, avec son statut de membre influent de la SADC, a pesé dans les négociations du Modèle de TBI de cette organisation. Bien des dispositions de ce document régional sont présentes dans la loi sud-africaine. Cependant, des divergences sont toujours visibles entre les législations nationales et textes régionaux d'une part et entre le PAIC, d'autre part. Etant donné ses limites formelles et matérielles, le code panafricain n'apporte aucune garantie qui puisse lever les incohérences du texte sud-africain, bien qu'il ait, sur le plan des rapports, suscité des perspectives prometteuses. Ce doute s'installe également lorsqu'on observe de plus près le contenu des lois nationales d'investissement de la Namibie.

### 2. *La révision incertaine du* Namibian Investment Promotion Act (NIPA)

La nouvelle loi sud-africaine relative aux investissements porte un titre trompe-l'œil. Il faut avoir examiné le contenu de ce *Protection of Investment Act* pour découvrir sa réelle intention : celle de restreindre la protection assurée aux investisseurs et à leurs investissements. La Namibie n'a en revanche entretenu aucun flou sur son ambition de miser essentiellement sur la promotion des investissements. Cet État a adopté le *Namibian Investment Promotion Act (NIPA)* en août 2016[1538], dont le contenu correspond parfaitement à la désignation du contenant. Moderne, cette législation namibienne l'est indubitablement

---

[1536] Cf. Section 13 du *Protection of Investment Act*. Voir aussi QUMBA (M. F.), « Safeguarding Foreign Direct Investment in South Africa : Does the Protection of Investment Act Live up to Its Name ? », *op. cit*., pp. 353-355 ; Pour approfondir le rejet du mécanisme de RDIE par l'Afrique du Sud, voir généralement, QUMBA (M. F.), « South Africa Move away from International Investor-State Dispute : A Breakthrough or Bad Omen for Investment in developing World ? », *De Jure Law Journal, 2019,* pp. 358-379, disponible sur http://www.scielo.org.za/pdf/dejure/v52n1/21.pdf , consulté le 26 avril 2022.

[1537] KIDANE (W.), « Contemporary International Investment Law Trends in Africa's Dilemmas in the Draft pan-African Investment Code », *op. cit*., p. 559.

[1538] *Namibian Investment Promotion Act 9 of 2016*, Law N° 199 of 31 August 2016, disponible sur https://gazettes.africa/archive/na/2016/na-government-gazette-dated-2016-08-31-no-6110.pdf, consulté le 26 avril 2022.

comme le PAIC adopté quelques mois plus tard. Cependant, eu égard à ses spécificités, on se demande si elle va être réadaptée à l'approche panafricaine de réglementation des investissements.

L'ambition de la Namibie en élaborant une loi relative à l'investissement est de *« provide for the promotion of sustainable economic development and growth through the mobilisation and attraction of foreign and domestic investment to enhance economic development, reduce unemployment, accelerate growth and diversity of the economy ; to provide for certain economic sectors and business activities to certain categories of investors ; to provide dispute mechanisms involving investment ; and to provide for incidental matters »*[1539]. Il ressort de la lecture de ce paragraphe préambulaire que, si le NIPA est destiné à promouvoir le développement durable à l'instar du PAIC, l'État namibien compte y parvenir en tablant davantage sur la promotion des investissements que sur la protection des investisseurs.

Que le contenu du NIPA soit clairsemé de dispositions touchant à la protection des investissements, cela n'est pas incohérent avec la volonté de ses initiateurs. L'incohérence réside plutôt dans le fait que le rôle protecteur de l'État d'accueil semble plus accru dans le PAIC. La loi namibienne est restée muette, non seulement sur le standard du traitement juste et équitable, mais aussi sur la clause de la nation la plus favorisée. Bien plus, il assujettit l'admission d'un investissement à des critères pluriels et plus corsetés que ceux prévus dans le PAIC[1540].

Hormis l'obligation qui pèse sur les investisseurs de mener leurs activités en conformité avec toutes les lois en vigueur sur l'étendue du territoire namibien[1541], les autres obligations ne concernent pas forcément la RSE, la lutte contre la corruption, le respect des meilleures pratiques de gouvernance d'entreprise. Il est d'autant plus regrettable que les responsabilités des investisseurs, s'agissant de la protection de l'environnement, du respect des droits de l'homme et des travailleurs n'apparaissent nulle part dans le dispositif législatif namibien de promotion des investissements.

---

**1539** Préambule du *Namibian Investment Promotion Act.*

**1540** La Section 14 du NIPA, titrée « Criteria for Approval of Investments », dresse une longue liste de conditions d'admission des investissements. Ces conditions sont, entre autres, *« […] (a) the contribution of the investment to national development, economic growth, public policy and national security objectives of Namibia ; (b) the contribution of the investment to the advancement of persons who have been socially, economically or educationally disadvantaged by past discriminatory laws and practices ; (c) the contribution of the investment to the implementation of programmes and policies aimed at redressing social and economic imbalances in Namibia, including gender-based imbalances […] »*

**1541** Le NIPA énonce que *« Investors must carry out their activities at all times in full compliance with all applicable laws in Namibia »,* Cf. Section 18 du *Namibian Investment Promotion Act.*

Du point de vue de la résolution des litiges relatifs aux investissements, la loi namibienne sur la promotion de l'investissement énonce une procédure particulière et légèrement différente de celle du PAIC. En effet, un investisseur étranger est appelé à notifier un litige naissant entre lui et l'État d'accueil au Ministre chargé des investissements. Ce dernier, sur requête de l'investisseur étranger, peut apporter son assistance en vue du règlement du différend en désignant un médiateur ou un panel de médiateurs à cet effet[1542]. Tandis que le PAIC ne donne accès aux autres moyens de règlement des différends qu'en cas d'échec des voies amiables, le NIPA permet à l'investisseur étranger d'opter pour la médiation ou de saisir directement les tribunaux namibiens. Aussi autorise-t-il l'accès à l'arbitrage interne, si le Ministre chargé des investissements et l'investisseur étranger s'estimant lésé y consentent par un accord écrit[1543].

Tous ces manquements et différences mettent en lumière la fragile convergence qui existe entre les dispositions substantielles et procédurales du NIPA et celles du Code panafricain. Cette situation, faut-il l'avouer, n'ôte pas à la Namibie le mérite d'avoir modernisé sa législation nationale d'investissement ; des nouveautés séduisantes y sont abondantes. Toutefois, ce serait irrationnel de nier que les particularismes de la loi namibienne contribuent à inhiber les tentatives d'harmonisation du cadre juridique africain des investissements.

Les rédacteurs du NIPA se sont montrés prudents en envisageant que cet instrument juridique pourrait ne pas être appliqué en présence d'un TBI ou d'un autre accord d'investissement[1544]. Mais cette disposition aurait pu servir à réduire le risque d'incohérence du cadre juridique des investissements si l'accord en question portait les traits caractéristiques de l'approche panafricaine de réglementation des investissements. L'étude des TBI conclus récemment par les États africains amène à affirmer qu'un tel changement ne peut pas être facilement effectué sans une volonté agissante des États africains.

**1542** Cf. Section 28 § 1 et 2 du *Namibian Investment Promotion Act.*
**1543** Si elle est autorisée, l'instance arbitrale aura lieu sur la base de la loi namibienne sur l'arbitrage, notamment le *Arbitration Act of 1965 (Act N°42 of 1965) in Namibia.*
**1544** Cf. Section 20 du *NIPA.*

## Conclusion

L'évaluation des implications de l'approche panafricaine de réglementation des investissements mène à la conclusion que le PAIC est toujours en quête d'influence dans les ordres juridiques régionaux et nationaux des États africains. Quand on envisage les efforts d'harmonisation du régime juridique des investissements en Afrique sous un prisme régional, on constate que l'apport des CER est progressif. Conscientes d'avoir fait œuvre éparse dans leurs premiers instruments juridiques d'investissement, celles-ci, à la faveur de l'esquisse d'une approche continentale de réglementation des investissements par l'UA, ont pu opérer des modifications globalement convergentes. Il est tout de même apparu que l'appropriation du PAIC par les accords régionaux d'investissements, si elle est appréciable, demeure approximative. Scruté dans l'ordre juridique interne des États, le régime juridique africain des investissements est toujours miné de fragmentation, en raison de l'adoption persistante de TBI incohérents, et le déferlement des législations nationales d'investissement qui, malgré leur relative modernité, semblent n'avoir cure des orientations du PAIC.

# *Conclusion du Titre I*

La réglementation foisonnante des investissements par les États africains a longtemps été à l'origine d'une intelligibilité limitée des textes y afférents, et d'une insécurité grandissante aussi bien pour les investisseurs étrangers que pour les États d'accueil. Une galaxie composée de plusieurs sous-systèmes ; voilà ce à quoi s'est apparenté le régime juridique africain des investissements. La profusion des instruments juridiques nationaux, bilatéraux et régionaux d'investissement a laissé apparaître une sorte de désordre normatif auquel les États africains, comme une seule entité, devaient impérativement mettre un terme. L'adoption d'un texte juridique continental par l'UA offrait l'opportunité de rationaliser le microcosme d'accords d'investissement fragmenté.

Le PAIC incarne en effet l'approche continentale des investissements, intègre des réformes substantielles et procédurales. Cependant, ses innovations n'ont pas suffi à en faire un texte irréprochable. Depuis son adoption, s'alternent louanges et critiques en raison de sa forme et de son contenu matériel. L'on a pu relever, sans parti pris, ses vertus et ses vices. Le vice le plus notable de ce texte continental, notamment sa nature juridique non contraignante, amenuise indubitablement les chances que les incohérences inhérentes au cadre juridique des investissements en Afrique soient résorbées. La forte espérance que suscite l'adoption du Protocole sur les investissements de la ZLECAf est par conséquent justifiée. Ce texte de *hard law* est censé réussir là où le PAIC a échoué.

L'on s'est également employé à évaluer l'impact de l'approche panafricaine des investissements sur les ordres juridiques régionaux et internes des États africains. De l'examen des textes d'investissement les plus récents et novateurs en vue d'en ressortir les points de convergence avec le PAIC, il résulte que les CER ont été plus attentives aux orientations panafricaines que les États agissant en tant qu'entité autonome. En définitive, il subsiste et persiste une cacophonie dans les textes africains d'investissement conçus à toutes les échelles. L'harmonie recherchée entre eux reste donc une quête sans cesse renouvelée.

# *TITRE II.*

## *UNE CRISTALLISATION SOUHAITABLE DE L'INTÉGRATION CONTINENTALE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT*

Faut-il encore rappeler que l'intégration des marchés cloisonnés de l'Afrique peut contribuer à attirer les investissements provenant de ce continent ou du reste du monde ? C'est heureux, les États africains sont désormais conscients du rôle pivot de l'intégration continentale dans la création des marchés intégrés, lesquels sont essentiels à l'attraction, la rétention et l'extension des investissements pour un développement d'économies compétitives et diversifiées. Ils ont tenu à inscrire l'intégration régionale dans une stratégie de développement plus vaste, optant pour des réglementations d'envergure continentale en matière d'investissement.

Dans les nouvelles réglementations adoptées, ce n'est pas la modernité et l'originalité des dispositions qui font défaut. Mais l'on regrette encore le manque de coordination qui les affecte, en raison de l'expansion quantitative des textes juridiques traitant du même objet sur le continent. C'est la solidité de l'intégration économique à vocation continentale qui s'en trouve, hélas, entravée. Aux fins de conjurer ce mal manifestement chronique, une cause doit être entendue par les États africains : instituer une zone continentale d'investissement. Pour Laura Paez, *« [t]he recognition by African constituents that there are limitations to what can be done in the regional context, […] calls for an African Common Investment Area »*[1545]. Cette proposition emporte notre adhésion. Tâchons, en conséquence, de formuler des approches de solution pour sa concrétisation !

Avec l'élaboration du PAIC et l'adoption du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement, on peut d'ores et déjà se réjouir de l'attitude positive des États africains à ce propos. Des règles harmonisées et soutenues par des institutions parfaitement coordonnées ; voilà les matériaux indispensables à la construction d'une zone commune d'investissement en Afrique. Concrètement, une intégration régionale stable et rentable en matière d'investissement requiert inexorablement la mise en cohérence effective du cadre juridique continental **(Chapitre 1),** de même que l'existence réelle, et non simplement textuelle, d'institutions efficaces **(Chapitre 2).**

[1545] PAEZ (L.), « Bilateral Investment Treaties and Regional Investment Regulation in Africa : Towards a Continental Investment Area ? », *op. cit.,* p. 403.

# Chapitre I.

# Pour l'instauration d'un cadre juridique continental cohérent

Les contradictions entre le PAIC – premier texte panafricain d'investissement - et les cadres juridiques sous-régionaux, bilatéraux et nationaux, impose une évolution plus cohérente du régime juridique des investissements applicable sur le continent africain. Plutôt que d'envisager l'encadrement des investissements sous une forme marquée par un émiettement réglementaire, le recours à un instrument juridique consistant à les réguler *in globo* est préférable. Assurément, l'adoption d'un Protocole d'investissement dans le contexte de la ZLECAf recouvre plusieurs avantages. Dans la perspective de construction d'un marché continental d'investissement, c'est une opportunité sans précédent pour coordonner et harmoniser les instruments juridiques d'investissements en Afrique[1546]. La problématique de l'interaction entre ce texte d'investissement négocié entre les États signataires de l'Accord de la ZLECAf et les lois, réglementations et conventions relatives aux investissements, mérite une attention particulière

La rationalisation des instruments juridiques d'investissement sur le continent est, sans nul doute, le moyen le plus efficace pour établir un cadre juridique d'investissement cohérent[1547]. Récemment élaboré, le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement pourrait permettre aux États membres de l'UA de réorganiser les réglementations d'investissement sur le continent[1548]. **(Section I).** De plus, ce texte serait en mesure de servir les desseins de cohérence du cadre juridique des investissements en Afrique par la coordination des autres protocoles de la ZLECAf touchant indirectement aux investissements **(Section II).**

---

**1546** Selon Hamed El Kady, le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement *« could result in a « quantum leap » for Africa by effectively modernizing, consolidating, coordinating, and harmonizing the international legal framework of investment in Africa ».* EL-KADY (H.), « The New Landmark African Investment Protocol : Quantum Leap for African Investment Policy making », *Kluwer Arbitration Blog,* September 24, 2020, p. 2, disponible sur http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/09/24/the-new-landmark-african-investment-protocol-a-quantum-leap-for-african-investment-policy-making/, consulté le 29 mai 2022.

**1547** UNCTAD, *UNCTAD's Reform Package for International Investment Regime,* United Nations, New York and Geneva, 2018, p. 23, disponible sur https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/UNCTAD_Reform_Package_2018.pdf, consulté le 29 mai 2022.

**1548** UNECA, *Assessing regional integration in Africa (ARIA IX): Next steps for African Continental Free Trade Area, op. cit*., p. 173.

## SECTION I. L'IMPÉRATIF DE COORDINATION DES INSTRUMENTS JURIDIQUES D'INVESTISSEMENT AU SEIN DE LA ZLECAF

La viabilité de l'intégration continentale en matière d'investissement est liée aux rapports qui existent entre les textes juridiques réglementant les investissements dans l'espace ZLECAf. Assurer une bonne interaction entre le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement et les accords y relatifs conclus par les États membres est fondamental[1549]. Les récents textes d'investissement adoptés par les CER étant plus innovants[1550], il nous paraît plus urgent de mettre l'accent sur l'obligation des États africains de rechercher une harmonie entre le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement et les nombreux accords auxquels ils sont parties. L'on est par conséquent fondé à souhaiter une rationalisation des TBI conclus par les États africains entre eux **(§ 1).** Pour ce qui est des TBI négociés avec les

---

**1549** La création d'une synergie entre les ordres juridiques internes des États africains et l'ordre juridique continental en cours d'établissement dans le cadre de la ZLECAf s'avère aussi indispensable. Gerhard Erasmus affirmait, pour évoquer le Protocole de la ZLECAf, que *« under a cooperation investment model individual States Parties will adopt national laws (or adjust the existing investment related legislation) to give effect to obligations accepted under the AfCFTA Investment Protocol. This will apply to the protection of the rights of investors too »,* Voir ERASMUS (G.), « An Investment Protocol for the AfCFTA », *Tralac Working Paper*, N°G21WP09/21, April 2021, p. 11, disponible sur https://www.tralac.org/publications/article/15174-an-investment-protocol-for-the-afcfta.html, consulté le 28 mai 2022. Les lois et politiques nationales d'investissements doivent être produites sous l'éclairage du texte continental en la matière. Cette démarche vaut également pour les contrats d'investissement dont la conclusion requiert une grande prudence, compte tenu de l'imbroglio qu'ils sont capables d'engendrer dans les contentieux entre investisseurs et États. En effet, les litiges entre investisseurs et États peuvent se fonder sur un contrat d'investissement ou sur un TBI. Les réclamations sont par conséquent contractuelles ou conventionnelles et ne manquent pas de soulever des problèmes de compétences juridictionnelles. Elles passent désormais, selon Yves Nouvel, pour *« un axiome du contentieux international de l'investissement »* comme le prouve la pléthore d'écrits les concernant. NOUVEL (Y.), « La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie », *in* LEBEN (Ch.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux,* Paris, LGDJ, 2010, p. 13 et s. ; Voir aussi FADLALLAH (I.), « La distinction *Treaty claims – Contract claims* », *in* LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, op. cit.,* pp. 759-771 ; PELLET (A.), « Adieu Philippines : Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international », in *Le droit international économique à l'aube du XXIè siècle : en hommage à Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, Pedone, 2009, pp. 97-110 ; LAGRANGE (E.), « L'application des accords relatifs à l'investissement dans les ordres juridiques internes », *in* ROBERT-CUENDET (S.) (dir.), *Droit des investissements internationaux : Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 486-473 ; RIVIER (R.), « L'articulation entre droit national et droit international devant les tribunaux arbitraux internationaux d'investissements », *in* ROBERT-CUENDET (S.) (dir.), *Droit des investissements internationaux : Perspectives croisées,* Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 414-483. En définitive, les États africains, s'ils veulent coller les fragments de leur paysage juridique lié aux investissements, doivent dorénavant négocier les clauses contractuelles en s'inspirant des dispositions du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement. Cette attitude, peut-être, ne mettra pas un terme au débat, encore vigoureux, sur les *Treaty claims* et les *Contract claims*. Mais elle aura au moins l'avantage de rapprocher les contrats d'investissement conclus par les États membres de la ZLECAf.

**1550** Il importe de préciser que le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement exige un alignement des instruments juridiques d'investissement adoptés par les CER dans un délai de cinq (5) à dix (10) ans, à compter de son entrée en vigueur. Lire Article 49 § 3 du *Protocol on Investment of the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area – Draft.*

États tiers, les États membres de la ZLECAf devront s'efforcer de les harmoniser avec le Protocole sur l'investissement prévu pour s'appliquer à cette zone économique **(§ 2).**

## § 1. LA RATIONALISATION DES ACCORDS D'INVESTISSEMENT CONCLUS ENTRE ÉTATS AFRICAINS

Les textes d'investissement récemment adoptés par les CER africaines affichent plusieurs points communs avec le Code panafricain des investissements qui a, sans doute, inspiré les négociateurs du Protocole sur l'investissement. Cela devrait rendre commode les efforts d'harmonisation de ces textes par les États africains[1551]. Il est certain que la tâche sera malaisée en ce qui concerne les textes conventionnels tels que les accords intra-africains, tant ces textes se caractérisent par une grande diversité matérielle. L'entrée en vigueur de l'Accord de la ZLECAf et la mise en œuvre de son Protocole sur l'investissement supposent une obligation d'harmonisation de tous ces traités. Les États africains pourraient se montrer plus ambitieux pour envisager une uniformisation de leurs TBI **(A**). S'ils optent pour cette démarche – ce qui serait bienvenu - ils devront procéder préalablement à l'extinction de ces TBI **(B).**

### A. L'uniformisation préférable des accords intra-africains

L'uniformisation implique une *« [m]odification de la législation de deux ou plusieurs pays tendant à instaurer dans une matière juridique donnée une réglementation identique* »[1552]. La chose est claire : uniformiser les TBI intra-africains est une ambition difficile d'atteinte dans les regroupements économiques régionaux généralement composés d'États dont les niveaux de développement ne sont équivalents[1553]. Certaines dispositions de l'Accord portant création de la ZLECAf rendent cette entreprise quelque peu complexe **(1).** Mais elle n'est pas irréalisable **(2).**

---

**1551** L'Accord de la ZLECAf énonce d'ailleurs que cet espace économique vise entre autres à faciliter les investissements *« […] en s'appuyant sur les initiatives et les développements dans les États parties et les CER ».* Cf. Article 3 (c) de l'Accord de la ZLECAf. Le Protocole sur l'investissement est un instrument juridique invitant les États membres à la coopération en matière d'investissement. Assurément, la plupart de ses dispositions seront similaires à celles analysées dans les récents instruments juridiques d'investissement élaborés par les CER. Voir ERASMUS (G.), « An Investment Protocol for the AfCFTA », *op. cit*., p. 10.

**1552** CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.,* p. 942.

**1553** ZIEGLER (A. R.), « Is It Necessary to Avoid Substantial and Procedural Overlaps with Other Agreements in IIAs ? », *in* DE MESTRAL (A.), LEVESQUE (C.) (dir.), *Improving International Investment Agreements, op. cit.,* pp. 174-175.

## *1. Un exercice complexe*

De 1961 à 2021, les États africains ont conclu 190 TBI entre eux, dont 130 sont en vigueur[1554]. Au regard du nombre sans cesse croissant de ces conventions bilatérales, l'on s'interroge sur le sort qui leur sera réservé au lendemain de la mise en vigueur du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement. Il n'est pas à exclure que la coexistence de ce texte et des TBI intra-africains est susceptible de saper l'ambition des États africains de rationaliser le cadre juridique continental des investissements. S'il est établi que ce Protocole formera *« un ensemble continental de dispositions destinées à réglementer les relations d'investissement au sein des États membres de l'UA »*[1555], il sera évidemment raisonnable de préconiser une uniformisation du droit des investissements en Afrique[1556]. Les avancées enregistrées dans les dispositions de l'Accord de la ZLECAf relatives à l'intégration régionale font naître l'espérance de l'élaboration de règles uniformisées applicables aux investissements.

Pour ce faire, la méthode des négociateurs du Protocole la ZLECAf sur l'investissement a consisté à y insérer une disposition qui, une fois le nombre requis de ratification atteint, mettrait fin à tous les TBI intra-africains dans un délai de cinq ans à compter de sa mise en œuvre[1557]. Le texte devrait par conséquent remplacer l'ensemble des accords intra-africains existants et suspendre la conclusion de nouveaux TBI entre les États africains. Cette opération de remplacement des TBI par le Protocole en ferait un véritable « *integration-promoting investment Protocol »*[1558] comme l'a baptisé Gerhard Erasmus. En revanche, si les États africains échouent à concrétiser le remplacement préconisé, il est certain que la coexistence des TBI avec le futur Protocole de la ZLECAf sur l'investissement soulèvera des questions de compatibilité et de hiérarchie.

De fait, l'Accord portant création de la ZLECAf s'est voulu pragmatique en essayant d'apporter une solution aux problèmes de compatibilité susceptibles de faire surface. Il

---

**1554** Voir OULEPO (A.), « AfCFTA, the Future Investment Protocol, and the Phasing-Out of Intra-African BITs », *op. cit.,* p. 2.

**1555** MENDEZ-PARRA (M.), *Négociations sur les investissements de l'AfCFTA, op. cit.,* p. 27.

**1556**MAHAMADY (O.), « L'avenir des TBI intra-africains et le traité le traité sur la ZLECAf : de l'uniformisation du droit des investissements intra africains à la régionalisation du néolibéralisme en Afrique », *Revue VigieAfriques*, Vol. 4, N° 3, juillet 2021, p. 3.

**1557** Le texte récemment négocié (février 2023) énonce que «*Existing bilateral investment concluded between States Parties shall be terminated within five (5) years from the entry into forcé of the Protocol …»,* Article 49 § 1 du *Procotocol to the Agreement Establishing the African Free Continental Free Trade Area On Investment – Draft.*

**1558** ERASMUS (G.), « An Investment Protocol for the AfCFTA », *op. cit*., p. 1.

énonce clairement qu'en cas d'incompatibilité, il prime sur tout autre accord régional[1559]. La professeure Hajer Gueldich a fait observer que *« cette solution est d'apparence facile, mais sur le plan technique et pratique, elle reste très difficile et très délicate à mettre en œuvre. Elle nécessite plutôt un traitement au cas par cas. Cela est d'autant plus difficile que le texte n'accepte pas de réserves »*[1560].

À première vue, puisque le Protocole sur l'investissement en formera une part entière[1561], l'article 19 § 1 présente une vertu consolidatrice de l'intégration continentale en matière d'investissement. Cependant, l'alinéa deuxième de ce même article soulève des incertitudes lorsqu'il dispose que *« [n]onobstant les dispositions de l'alinéa 1 du présent article, les États parties qui sont membres d'autres communautés économiques régionales, d'autres accords commerciaux régionaux et d'autres unions douanières, et qui ont atteint entre eux des niveaux d'intégration régionale plus élevés que ceux prévus par le présent Accord, maintiennent ces niveaux entre eux »*.

De ces lignes, il se dégage une volonté de maintien, par les États africains, de quelques accords d'investissement conclus entre eux, parallèlement au Protocole de la ZLECAf sur l'investissement. Se projetant dans l'avenir, un auteur a pu démontrer que l'instrument juridique de réglementation des investissements à l'échelle continentale offrira la possibilité aux États parties de conclure des TBI plus avancés entre eux[1562]. Pareille attitude des États africains risque, cependant, de transformer la vision d'uniformisation du cadre juridique continental des investissements en une incantation, car, dans la pratique, elle ne permettrait pas d'établir un ensemble normatif homogène et nécessiterait conséquemment des efforts supplémentaires pour gérer la complexité qui pourrait surgir[1563].

La quête risque d'être vaine pour des raisons évoquées précédemment. Pour autant, il n'y a pas lieu d'abandonner cette voie. Cela reviendrait à renoncer à la vision de création

---

**1559** L'article 19 § 1 de l'Accord ZLECAf dispose : *« En cas de conflit et d'incompatibilité entre le présent accord et tout autre accord régional, le présent accord prévaut dans la mesure de l'incompatibilité spécifique, sauf dispositions contraires du présent article ».*

**1560** GUELDICH (H.), *« Accord portant création de la Zone de Libre-échange continentale africaine », op. cit*., p. 11.

**1561** Lire Article 8 de l'Accord ZLECAf.

**1562** MAHAMADY (O.), « L'avenir des TBI intra-africains et le traité le traité sur la ZLECAf : de l'uniformisation du droit des investissements intra africains à la régionalisation du néolibéralisme en Afrique », *op. cit*., p. 3.

**1563** Le fait de maintenir certains accords internationaux d'investissement en parallèle du Protocole sur l'investissement *« would fall short of establishing a single set of rules and would require additional attention to manage the complexity that may materialize »*. UNECA, *Assessing regional integration in Africa (ARIA IX): Next steps for African Continental Free Trade Area, op. cit*., p. 212.*»*

d'un marché commun africain. Souvenons-nous que l'un des principaux objectifs de l'Accord portant création de la ZLECAf est de *« créer un marché unique […] afin d'approfondir l'intégration économique du continent africain »*[1564].

Le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement doit s'appuyer sur ce *corpus* de droits et d'obligations pour favoriser l'intégration des communautés économiques régionales (CER) et créer, *in fine*, un marché unique panafricain[1565]. D'où notre attachement à l'idée d'uniformisation des accords intra-africains d'investissement qui, à la vérité, n'est nullement utopique.

## 2. *Un défi surmontable*

S'il est vrai que l'uniformisation des accords d'investissement conclus entre États africains est une équation difficile à résoudre dans la pratique, il n'en demeure pas moins qu'à défaut d'un remplacement effectif des TBI intra-africains par le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement, l'intégration régionale en matière d'investissement risque d'être un vœu pieux. Quoique complexe, cet exercice a déjà été essayé dans d'autres organisations d'intégration régionale, à l'instar de l'UE. Ayant amorcé l'uniformisation du cadre juridique d'investissement dans son espace sous d'heureux auspices, elle pourrait inspirer la ZLECAf.

En effet, la problématique de l'internormativité dans le champ juridique des investissements n'est pas étrangère à cette communauté régionale malgré la grande homogénéité qu'elle reflète. Le désir de surmonter les difficultés posées par ce phénomène a conduit la Commission de l'UE à proposer, depuis 2006, un remplacement pur et simple des TBI intra-européens par des dispositions relevant du droit de l'UE, dans la mesure où elles offrent des garanties équivalentes aux investisseurs sans créer de discrimination entre eux. À cette proposition, l'hostilité des États membres était franche, ceux-ci étant plutôt favorables à un maintien de leurs TBI avec quelques nuances lorsqu'ils ont trait à l'arbitrage[1566].

---

**1564** Cf. Article 3 de l'Accord portant création de la ZLECAf.

**1565** UNECA, *Vers la mise en place d'une zone d'investissement commune au sein de la Zone de libre-échange continentale africaine : uniformiser les conditions régissant les investissements intra-africains, op. cit.,* p. 115.

**1566** MENETREY (S.), « Droit international des investissements et Droit de l'Union européenne », *op. cit.,* p. 617. Le Comité économique et financier chargé d'examiner les difficultés soulevées par le réseau de TBI intra-européens, dans un mémorandum de 2006, a relevé que *« most Member States did not share the Commission's concern regarding arbitration risks and discriminatory treatment of investors and a clear majority of Member States prefer to maintain existing agreements ».* Voir VIS-DUNBAR (D.), « EU Member States reject the call to terminate intra-EU Bilateral Investment Treaties », Investment Treaty News, February 2009, disponible sur

Si l'interaction entre les TBI transfrontaliers et le droit communautaire UE a déchaîné des commentaires passionnés[1567] et des décisions édifiantes[1568], c'est finalement à la faveur de la décision de la Cour de Justice de l'UE (CJUE), rendue le 6 mars 2018 dans l'affaire *Achmea,* que l'incompatibilité entre les TBI conclus au sein de l'UE a été effectivement établie[1569]. Cet arrêt, qui a déjà pris place au Panthéon des grandes décisions de la jurisprudence internationale, a résonné comme un glas aux TBI intra-européens, d'autant qu'elle acte la disparition des TBI intra-intracommunautaires. Réticents au départ, les États membres de l'UE ont fini par admettre l'idée de dénoncer les accords d'investissement en

https://www.iisd.org/itn/fr/2009/02/10/eu-member-states-reject-the-call-to-terminate-intra-eu-bilateral-investment-treaties/, consulté le 4 juin 2022.

**1567** Voir par exemple, KESSEDJIAN (C.), LEBEN (Ch.) (dir.), *Le droit européen et l'investissement,* Editions Panthéon Assas/LGDJ, 2009, 171 p ; BENCHENEB (A.), « Le droit européen des investissements et le traitement juste et équitable », *RIDE,* N°1, 2016, pp. 91-106 ; ROBERT-CUENDET (S.), « Les investissements intra-communautaires entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement : concilier l'inconciliable ? », *RGDIP,* CXV, N°4, 2011, pp. 853-895 ; MENETREY (S.), « Droit international des investissements et Droit de l'Union européenne », *op. cit,* pp. 617-638 ; BEAUMIER (G.), « Le Traité de Lisbonne et le droit international de l'investissement : l'évolution d'un nouveau modèle européen, *Etudes Internationales*, Vol. 47, N°4, pp. 365-386 ; TEYNIER (E.), « L'applicabilité des traités bilatéraux sur les investissements entre États membres de l'Union européenne », *Cahier de l'arbitrage*, N°1, 2008, pp. 28-29 ; ANOU (G.), « Les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements », *JDI,* N°2, 2015, pp. 505-525 ; DORCE (M. J.), « L'Union européenne : quelle influence sur le devenir sur le droit inernational des investissements », Acte d'atelier doctoral, 2020, pp. 277-293. En langues étrangères, voir FACH GOMEZ (K.) (dir.), *La política de la Union Europea en materia de derecho de las inversiones internacionales,* Barcelona, J. M. BOSCH editor, 2017, 408 p; TITI (C.), « International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation International Investments Agreements », *EJIL*, n°26, vol; 3, pp. 639-661; STEGMANN (T. P.), *Responsibility of the EU and the Member States under EU Investment Protection Agreements : Between Traditional Rules, Proceduralisation, and federalisation, EYIEL* , New York, Springer, 2019, 380 p ; SUCIU GAVRILOAIE (D. C.), *El marco jurídico de las inversiones en la nueva generación de acuerdos de comercio e inversión de la Unión Europea*, Tesis doctoral, Universidad de Almería, 2022, 609 p.

**1568** On peut mentionner l'Affaire *Eastern Sugar c. République tchèque* qui est la première à avoir véritablement éveillé les esprits sur la question de la compatibilité entre le droit international des investissements et le droit communautaire européen. Voir SCC (Chambre de Commerce de Stockholm), Affaire *Eastern Sugar B.V.C. c. République tchèque,* n°088/2004, sentence arbitrale partielle du 27mars 2007, disponible sur https://jusmundi.com/fr/document/pdf/decision/en-eastern-sugar-b-v-v-the-czech-republic-partial-award-tuesday-27th-march-2007, consulté le 23 mai 2022. Voir aussi, CPA, Affaire *Eureko c. République slovaque, N°2008-13,* sentence sur la compétence, l'arbitralité et la suspension, 26 octobre 2010, disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf, consulté le 23 mai 2022 ; CIRDI, Affaire *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S. A., S. C. Starmill S.R.L. et Multipack S.R.L. c. Roumanie*, N°ARB/05/20, décision sur la compétence du 24 septembre 2008, sentence finale du 11 décembre 2013, décision d'annulation du 26 février 2016, disponibles sur https://www.italaw.com/cases/697, consulté le 23 mai 2022.

**1569** CJUE, Affaire *Slowakische Republik c. Achmea BV,* n° C-284/16, Arrêt du 6 mars 2018. Dans cette affaire, le juge de Strasbourg avait fondé son raisonnement sur le fait que *« l'existence d'une clause de règlement des différends extérieur au système juridictionnel de l'Union européenne était incompatible avec l'autonomie du système juridique de l'Union »,* Voir COLLIN (C.), « Epilogue de l'Affaire Achmea : l'extinction des traités d'investissement intra-UE », *Dalloz Actualité*, 21 juillet 2020, disponible sur https://www.dalloz-actualite.fr/flash/epilogue-de-l-affaire-achmea-l-extinction-des-traites-d-investissement-intra-ue#.YriXU3ZBzDc, consulté le 25 mai 2022 ; Pour des commentaires supplémentaires, Lire par exemple, BISMUTH (R.) et al., *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale*, *op. cit.,* pp. 721-731; GAILLARD (E.), « L'affaire *Achmea* ou les Conflits des logiques », *Revue critique de droit international privé*, N°3, 2018, pp. 616-630 ;

vigueur entre eux. Leur intention a été matérialisée par l'adoption, le 5 mai 2020, d'un *Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne*[1570], lequel semble être une *« victoire du droit de l'UE sur le droit international des investissements »*[1571].

L'on est témoin d'une entente entre les États membres de l'UE pour une coexistence pacifique entre ces TBI et le droit communautaire européen en dépit de leur divergence d'objet[1572]. Certains auteurs ont pu affirmer que *« [s]'agissant de l'extinction des TBI, l'accord plurilatéral de dénonciation peut valablement produire l'effet escompté […] »*[1573]. Les États africains, par la création d'une zone de libre-échange commercial, se trouvent dans une meilleure position que les États membres de l'UE pour atteindre des résultats aussi satisfaisants.

En vertu du principe de l'*«[e]xtinction d'un traité ou suspension de son application implicites du fait de la conclusion d'un traité postérieur »*, l'adhésion des États africains à la ZLECAf devrait entraîner la disparition automatique des TBI existants entre eux. Ce principe, inscrit à l'article 59 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, énonce en substance qu'*« [u]n traité est considéré comme ayant pris fin lorsque toutes les parties à ce traité concluent ultérieurement un traité portant sur la même matière […] »*[1574]. Dans le contexte africain, l'adhésion à la ZLECAf impliquerait l'opposabilité du Protocole d'investissement de cet espace économique à tous les États parties. Or, il est incontestable que les TBI intra-africains et le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement ont le même

---

[1570] UE, « Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre les États membres de l'Union européenne », *Journal officiel de l'Union européenne*, *(JOUE L 169)*, du 29 mai 2020, pp. 1-41, disponible sur https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=OJ%3AL%3A2020%3A169%3AFULL, consulté le 25 mai 2022. Sur cet Accord, voir CAZALA (J.), « Fin de partie pour les traités bilatéraux d'investissement intra-européens ? », *JDI*, N°3, 2020, pp. 855-873 ; Pour parvenir à cet accord, quelques États membres de l'UE, avaient manifesté leur intention de mettre fin à leurs TBI, en adoptant, en janvier 2019, trois déclarations – sans effet juridique-relatives « aux conséquences juridiques de l'arrêt *Achmea* rendu par la Cour de justice et à la protection des investissements dans l'Union européenne ».

[1571] SADELEER (N.), « La victoire du droit de l'UE sur le droit international des investissements », *Blogdroiteuropéen, Working Paper,* avril 2021*,* disponible sur https://blogdroiteuropeen.files.wordpress.com/2021/04/wp-nicolas-de-sadeleer-investissement-final.pdf, consulté le 26 mai 2022.

[1572] Le droit de l'UE et les TBI se rapprochent de par leur origine idéologique. Toutefois, ils ne portent pas sur des objets strictement similaires. Les droits reconnus aux personnes privées dans ces deux matières ne sont pas de même nature. La protection qu'offrent les TBI aux investisseurs et, par-dessus tout, la possibilité qu'ils leur donnent de recourir à l'arbitrage constitue des garanties qui vont bien au-delà de celles assurées par le droit européen. Voir DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement, op. cit.,* pp. 505-506. Voir aussi CIRDI, Affaire *Electrabel S.A. c. Hongrie,* n°ARB/07/19, sentence du 19 novembre 2012, disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf, consulté le 25 mai 2022.

[1573] BISMUTH (R.) et al., *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale*, *op. cit.,* p.736.

[1574] Article 59 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

objet : l'investissement. Qui plus est, l'Accord portant création de la ZLECAf intègre le protocole relatif aux investissements[1575] ; ce qui aurait l'avantage de faciliter l'application de la théorie de la caducité automatique des TBI intra-africains.

En définitive, il y a de fortes chances que les éventuels conflits normatifs liés aux investissements dans le cadre de la ZLECAf soient évités de justesse si le Protocole sur l'investissement devient le seul texte d'investissement applicable à l'ensemble des États africains. C'est l'approche la plus à même de faciliter la gestion du complexe réseau d'engagements existants entre les États africains en matière d'investissement, et de favoriser une intégration économique continentale profonde. Elle n'est toutefois viable qu'après extinction effective des accords d'investissement existants.

## B. L'extinction préalable des accords intra-africains

Le regard posé sur la configuration actuelle du paysage juridique des investissements en Afrique, l'observateur avisé ne rejettera point la proposition d'extinction des TBI intra-africains au profit du Protocole sur l'investissement. Bien qu'elle soit inhabituelle, ce serait la voie magistrale pour déboucher sur une zone commune en matière d'investissement **(1).** Extinction unilatérale ou extinction mutuelle ? La seconde option, nous semble-t-il, convient mieux aux États membres de la ZLECAf **(2).**

### *1. Un moyen inhabituel proposé*

Comme indiqué *supra*, les TBI existants entre les États parties, à compter de l'entrée en vigueur du Protocole sur l'investissement, doivent être abrogés dans un délai de cinq (5) ans[1576]. Plus besoin de conclure de nouveaux TBI intra-africains. Dès que ceux qui sont en vigueur prennent fin, aucun renouvellement ne devrait être envisagé[1577]. C'est d'ailleurs la proposition des négociateurs du Protocole sur l'investissement. *« State Parties shall not conclude new bilateral investment treaties among themselves after the adoption of this Protocol »*[1578], peut-on lire dans le projet de Protocole. Cette proposition, apparemment aisée

[1575] L'article 8 § 1 de l'Accord portant création de la ZLECAf dispose : *« Les protocoles sur le commerce des marchandises, le commerce des services, les investissements, les droits de la propriété intellectuelle, la politique de concurrence et les règles et procédures relatives au règlement des différends ainsi que les Annexes et Appendices y relatifs font, dès leur adoption, partie intégrante du présent Accord ».*

[1576] Cf. Article 49 § 1 du *Protocol to the Agreement Establishing the African Free Continental Free Trade Area on Investment – Draft.*

[1577] MUTOMBO (T.), « L'architecture des traité bilatéraux d'investissement », *in* MENDEZ-PARRA (M.) (dir.), *Négociations sur les investissements de l'AfCFTA : Repères sur les concepts, op. cit.,* p. 27.

[1578] Article 49 § 2 du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area – Draft.*

à mettre en œuvre, impose l'usage d'une méthode relativement complexe, en raison de certaines prévisions de l'Accord portant création de la ZLECAf.

Si l'extinction intervient de manière unilatérale, les États membres mettront fin à leurs TBI sans négociations avec l'autre partie contractante. Ce faisant, ils s'arrogeront le droit de se soustraire des obligations qui découlent de ces traités sans son avis. L'exemple sud-africain a marqué les esprits[1579]. Si elle intervient par consentement entre les parties contractantes, ces dernières décideront, d'un commun accord, d'annuler droits et devoirs négociés dans le cadre du TBI éteint. La République tchèque a adopté cette méthode pour mettre fin à quelques-uns de ses TBI conclus avec d'autres États membres de l'UE[1580].

Qu'elle soit unilatérale ou mutuelle, l'extinction des TBI a ceci d'avantageux de contribuer à la modernisation du cadre juridique des investissements aux niveaux bilatéral, régional et multilatéral. Son intensification durant ces dernières années et son classement parmi les dix (10) moyens proposés par la CNUCED pour la réforme du régime international des investissements souligne son importance accrue[1581]. Dans les organisations régionales, en particulier, elle est une étape incontournable pour venir à bout de la disharmonie entre les textes juridiques se rapportant aux investissements internationaux.

---

[1579] Voir PEACOCK (N.), AMBROSE (A.), « South Africa Terminates its Bilateral Investment Treaty with Spain : Second BIT Terminated, as Part South Africa's Planned Review of its Investments Treaties », 21 August 2013, disponible sur https://hsfnotes.com/arbitration/2013/08/21/south-africa-terminates-its-bilateral-investment-treaty-with-spain-second-bit-terminated-as-part-of-south-africas-planned-review-of-its-investment-treaties/, consulté le 29 mai 2022 ; FERIS (J.), « Challenging the Statu Quo : South Africa's Termination of Bilateral Trade Agreements », DLA Piper, 10 december 2014, disponible sur https://www.dlapiper.com/fr/france/insights/publications/2014/12/international-arbitration-newsletter-q4-2014/challenging-the-status-quo/, consulté le 29 mai 2022 ; voir aussi MOSSALLAM (M.), « Process Matters : South Africa Experience Exiting Its BITs », *Working Paper,* The Global Economic Governance Programme, University of Oxford, January 2015, 36 p. Tel a également été le choix de quelques comme l'Equateur, l'Indonésie, l'Inde etc. En 2008, l'État équatorien a éteint unilatéralement les TBI qu'il a conclus avec ses partenaires économiques dont l'écrasante relevait de sa zone géographique. Il s'agit des TBI conclus avec Cuba, El Savador, le Guatemala, le Honduras, le Paraguay, la République dominicaine, la Roumanie et l'Uruguay. Il mettra fin à un autre TBI en 2011 et 16 autres en 2017. Entre 2014 et 2016 l'Indonésie fera la même avec ses 25 États. Toutefois le palmarès du nombre le plus élévé de TBI éteints est détenu par l'Inde qui, en 2016, a envoyé des notifications de dénonciation unilatérale de ses TBI conclus avec 61 partenaires. Voir BERNASCONI-OSTERWALDER et al., *L'extinction des traités bilatéraux d'investissemen*t, Série Bonnes Pratiques de l'IISD, Mars 2020, p. 7.

[1580] Voir PETERSON (L. E.), « Czech Republic Terminates Investment Treaties in such a Way as to Cast Doubt on Residual Legal Protection for Existing Investments », Investment Arbitration Reporter, disponible sur https://www.iareporter.com/articles/czech-republic-terminates-investment-treaties-in-such-a-way-as-to-cast-doubt-on-residual-legal-protection-for-existing-investments/, consulté le 29 mai 2022.

[1581] Jusqu'à la fin de l'année 2019, le nombre total de TBI éteints s'élevait à 309. Voir UNCTAD, *World Investment Report,* Special Economic Zones, 2019, p. 100, disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/wir2019_en.pdf, consulté le 29 mai 2022. Voir aussi JOHN (L.) et alii., « Clearing the Path : Withdrawal of Consent and Termination as Next Steps for Reforming International Investment Law », *CCSI Policy Paper*, april 2018, pp. 9-10.

Pour être efficiente dans le contexte de la ZLECAf, l'extinction des TBI intra-africains ne doit guère s'opérer dans la précipitation. Elle requiert la patience de l'entomologiste et la précision du limier[1582], pour reprendre la formule du professeur Alain Pellet, car la majorité des TBI prévoient des clauses de survie qui leur permettent de produire des effets juridiques durant une période donnée après leur extinction. L'influence de l'extinction des TBI sur ces clauses se manifeste selon la modalité retenue par les parties. Les négociateurs du Protocole de la ZLECAf ayant manqué – on le regrette – de préciser la modalité d'extinction des TBI conclus entre les États membres de la ZLECAf, il serait utile de préconiser l'adoption de la forme la moins problématique.

### 2. *Une extinction mutuelle préconisée*

La modalité d'extinction des TBI revêt une importance capitale pour les parties qui les ont conclus ; les répercussions n'étant pas équivalentes selon qu'on opte pour la voie unilatérale ou consensuelle. L'on est mieux éclairé par la plume de Catharine Titi sous laquelle on lit que *« [t]he manner of termination itself can have an impact on the survival clause and, indirectly, on the State's ability to effectively reform its investment treaty network »*[1583].

Il importe de signaler tout de suite que l'extinction unilatérale active d'emblée les clauses de survie s'il en existait dans le TBI éteint. Vu que l'État d'origine n'a pas mutuellement consenti à l'extinction du traité avec l'État hôte, l'investisseur a la possibilité de jouir des droits qui découlent de la clause de survie jusqu'au terme de la période qui y est définie[1584]. Compte tenu de la durée de cette clause qui s'étend généralement sur une période de 10 à 20 ans[1585], toute réticence à recommander une extinction unilatérale des TBI aux États membres de la ZLECAf prendrait du sens.

Cela dit, il serait préférable que les États membres de la ZLECAf ayant conclu des TBI entre eux y mettent fin par consentement mutuel. Cette modalité s'accorde mieux avec les subtilités des accords de libre-échange, ainsi qu'on peut le constater dans le CETA qui

---

**1582** Voir GANEM (P-H.), *Sécurisation contractuelle des investissements internationaux : Grands projets : mines, énergie, métallurgie, infrastructures*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 7.

**1583** TITI (C.), « Most Favoured Nation Treatment : Survival Clauses and Reform of International Investment Law », *Journal of International Arbitration,* Vol. 33, N°5, 2016, p. 435.

**1584** Il est plus facile de mettre les clauses de survie en cas d'extinction unilatérale. En effet, *« survival clauses are intended to function where a party one-sidedly denounces the treaty so that the other party has no control over the continued protection of its investors »*. Au sein de l'UE, nous pouvons mentionner l'extinction unilatérale, en 2013, par l'Italie de son TBI conclu avec la Croatie.

**1585** En guise d'illustration, le TBI Mali-Algérie de 1996 prévoit une période 10 ans, alors que le TBI Maurice-Madagascar de 2004 en prévoit 15. Le TBI Afrique du Sud - Sénégal de 1998 contient une clause de survie qui couvre une période de 20 ans. Voir UNECA, *Assessing regional integration in Africa (ARIA IX): Next steps for African Continental Free Trade Area, op. cit*., p. 210.

énonce sans équivoque que les accords internationaux d'investissement conclus entre le Canada et certains États membres de l'UE sont éteints[1586].

L'argument selon lequel l'extinction par consentement avec négociation d'un nouvel accord constitue l'approche *« la plus appropriée pour neutraliser ou écourter simultanément la clause de survie »*[1587] nous convainc. Même si les États membres de la ZLECAf s'entendent sur le principe de remplacer leurs TBI par le Protocole sur l'investissement, ils devraient éviter de se mettre la pression. L'attitude raisonnable de leur part serait de laisser les clauses de survie existantes dans certains TBI s'appliquer jusqu'à la date d'entrée en vigueur du nouvel accord relatif aux investissements. L'extinction de leurs TBI ne prendrait alors véritablement effet qu'à partir de cette date. Étant donné le nombre élevé de signataires de l'Accord de la ZLECAf, il est possible qu'une extinction mutuelle des TBI intra-africains soit opérée au niveau multilatéral. Cette option, au demeurant, bien adaptée à l'extinction des TBI intracommunautaires ou intra-régionaux, présente l'intérêt d'être plus simple et systématique, car elle ne nécessite pas une renégociation bilatérale individuelle susceptible d'être retardée par les États ou sujette à leur humeur[1588].

Il sied de songer à un remplacement des TBI intra-africains par le Protocole d'investissement de la ZLECAf, avec méthode, bien évidemment. Une étude économétrique parcimonieusement réalisée par l'ONG états-unienne *Public Citizen Global Watch (GTW)* en avril 2018, révèle que la mise sous éteignoir des TBI par les pays en développement ne nuit pas à leurs économies, pas plus qu'elle n'arrête les flux des investissements sur leur territoire[1589]. Elle a, au contraire, la capacité de les concentrer, sous réserve que le nouvel accord fasse converger les vues des parties prenantes concernant la réglementation des investissements.

Dans l'entendement des négociateurs du Protocole sur l'investissement, l'extinction mutuelle serait la modalité indiquée. Tel semble être l'esprit de l'article 49 § 1 qui prévoit que dans l'hypothèse d'une extinction des TBI existants entre les États parties, leurs clauses

---

**1586** Les TBI en question ont été annexés au CETA. Il s'agit des TBI conclus par le Canada avec la Croatie, la Hongrie, la Lettonie, Malte, la Pologne, la République slovaque, la République tchèque et la Roumanie.

**1587** BERNASCONI-OSTERWALDER et alii, *L'extinction des traités bilatéraux d'investissemen*t, *op. cit.,* p. 11.

**1588** *Ibidem*, pp. 11-12.

**1589** PUBLIC CITIZEN RESEARCH BRIEF, *Termination of Bilateral Investment Treaties Has not Affected Countries' Foreign Direct Investment Inflows*, April 2018, disponible sur https://www.citizen.org/wp-content/uploads/pgcw_fdi-inflows-from-bit-termination_finaldraft.pdf, consulté le 28 mai 2022.

de survie sont également supprimées[1590]. Convenir d'un remplacement des TBI par le Protocole sur l'investissement en y insérant une disposition imposant, *expressis verbis*, l'extinction mutuelle aurait néanmoins été plus judicieux.

Bien qu'ils s'annoncent plus délicats, des efforts visant à harmoniser les accords relatifs aux investissements intra-ZLECAf méritent d'être consentis par les États africains dans leurs relations économiques avec les États tiers.

## § 2. L'HARMONISATION DES ACCORDS D'INVESTISSEMENT CONCLUS AVEC LES ÉTATS TIERS

Les TBI conclus par les États signataires avec des États tiers (les TBI extra-africains) ne seront pas affectés par le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement[1591]. Pour autant, au regard de l'évolution du régime juridique des investissements en Afrique, l'alignement des dispositions des TBI extra-africains existants sur le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement s'impose **(A)**. Les États membres de la ZLECAf doivent dorénavant s'employer à assurer une compatibilité entre leurs futurs TBI avec les États tiers et le Protocole sur l'investissement **(B).**

### A. L'alignement des TBI extra-africains existants sur le Protocole portant sur les investissements

Négliger la rationalisation des instruments de réglementation des investissements au profit de la recherche de compatibilité entre le Protocole sur l'investissement et les TBI intra-africains serait une erreur stratégique de la part des États membres de la ZLECAf. Pour que la mise en cohérence du cadre juridique des investissements en Afrique ne soit pas vouée à l'échec, l'extension de ces réformes aux normes régissant les investissements en provenance d'États tiers, est fondamentale. Renégociation et dénonciation sont les maîtres-mots qui s'imposent aux États africains dans ce processus **(1).** Leur pertinence dans le contexte de la ZLECAf est indiscutable **(2).**

---

**1590** L'Article 49 § 1 dispose: *« […]upon termination of existing bilateral investment treaties concluded between the State Parties, their survival clauses shall also be terminated ».*

**1591** Le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement s'applique à *« all investments of investors of State Parties made after the entry into force of this Protocol (…) ».* Lire Article 3 du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area – Draft.*

## *1. L'urgence de dénoncer et de renégocier*

Si le PAIC a pu inspirer quelques dispositions des textes d'investissement récemment élaborés par les CER africaines, il n'exerce cependant aucune influence sur les TBI conclus par les États africains avec leurs partenaires économiques étrangers. Or, l'écrasante majorité des TBI extra-africains relèvent de l'ancienne génération. Corrélativement, il apparaîtra, du moins à court terme, une divergence substantielle profonde entre ces TBI et le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement[1592]. La protection des investisseurs envisagée dans le texte de la ZLECAF est loin d'être équivalente à celle qui leur est octroyée par les TBI négociés avec les États tiers[1593].

Bien plus, sur la base des TBI conclus, rien ne devrait faire obstacle à la continuité des relations d'investissement entre les États africains et leurs partenaires économiques étrangers. Les obligations qui en découlent sont à la charge des États hôtes, et ce, même si le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement entre en vigueur. Les dispositions contenues dans ce texte ne seront observées par les investisseurs non Africains que si les TBI liant leurs États d'origine aux États africains sont réaménagés ou remis en cause. En d'autres termes, ces réformes ne seront fructueuses que si elles revêtent un caractère « inclusif » et « holistique »[1594].

Les changements de circonstances, que celles-ci soient économiques, politiques ou sociales, obligent les États membres de la ZLECAf à renégocier ou à dénoncer les TBI conclus avec les États tiers. La renégociation et la dénonciation représentent en effet *« des outils d'adaptation, et de ce fait, constituent des éléments de flexibilité du traité permettant de gérer les risques liés à l'évolution de la société en offrant un moyen de réaménager le traité ou de s'en libérer, selon les circonstances »*[1595]. Précisons que ces deux notions ne partagent pas des caractéristiques communes. Tandis que la première renvoie à un dialogue

---

**1592** Il en sera ainsi parce que le PAIC sert d'instrument d'orientation aux négociateurs du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement. Ce protocole reprendra indubitablement plusieurs dispositions du premier texte panafricain consacré aux investissements.

**1593** Won Kidane avait soulevé cette inquiétude au sujet du PAIC. Selon l'auteur, ce texte instaure une inégalité dans la protection des investisseurs africains et non- africains, le PAIC étant plus rigoureux à l'égard des investisseurs que les TBI. KIDANE (W.), « Contemporary International Investment Law Trends and Africa's Dilemmas in the Draft Pan-African Investment Code », *op. cit.,* pp. 571-578.

**1594** IISD, SOUTH CENTRE, « Transformation du droit des investissements internationaux en faveur du développement durable : stratégie de renégociation, de réforme et de défense », *Rapport de réunion du 12 ème Forum annuel des négociateurs d'investissements des pays en voie de développement*, Cartagena, Colombie, 27 février – 1 mars 2019, p. 7, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/meterial/12e-forum-annuel-rapport-fr.pdf, consulté le 7 juin 2022.

**1595** *Idem.*

entre les États parties à un TBI en vue de lui apporter des modifications substantielles tout en maintenant leur lien conventionnel, la seconde est un acte unilatéral d'un État qui met fin à sa participation à un TBI[1596].

Si les États africains désirent maintenir leurs TBI après l'entrée en vigueur du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement, il leur appartiendra de les renégocier. Les États parties devraient s'accorder sur le principe d'apporter des changements substantiels à ces TBI. L'harmonisation des interprétations et les rectifications de quelques dispositions de ces TBI leur donneraient un contenu qui rimerait avec l'approche continentale de réglementation des investissements. On parviendrait à une réduction sensible du risque de contradictions entre les deux ensembles normatifs, notamment les TBI extra-africains et le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement. L'abandon de l'important stock de TBI non encore ratifiés représente par ailleurs un bon moyen à l'usage des États africains.

Pour ce qui est de la dénonciation, elle impliquerait l'extinction unilatérale des TBI incohérents avec le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement. Dans ce cas précis, ne régulant pas les investissements en provenance des États tiers, l'instrument juridique continental ne saurait remplacer les TBI éteints. Seuls pourront jouer ce rôle de nouveaux TBI conclus entre les parties, ou des textes produits unilatéralement par l'État hôte, comme ce fut le cas de l'Afrique du Sud avec l'adoption de son *Protection of Investment Act* en remplacement des TBI auxquels l'État a mis fin.

Il y a lieu d'indiquer toutefois que l'option de dénoncer les TBI extra-africains peut sembler périlleuse pour les États africains, ces derniers pouvant apparaître comme protectionnistes aux yeux des investisseurs étrangers. Un auteur a affirmé sans hésiter que *« renegotiation of BITs, instead of termination and withdrawal, is a better option for host developing countries »*[1597]. Sans prise de position tranchée, Tuuli-Anna Huikuri, à son tour, fait une analyse similaire. Elle opine que *« [s]i le retrait de traités non avantageux semble intuitif, en ce qui concerne les traités d'investissement, une telle démarche peut s'avérer risquée : les États hôtes doivent être prudents quant au type de signal qu'ils souhaitent envoyer aux investisseurs internationaux, car la dénonciation de traités d'investissement*

**1596** Voir AYMAN (R.), *La dénonciation et la renégociation des traités*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2020, Résumé.

**1597** ZAMAN (K.), « Minimizing Expansive Interpretations of Investment Treaty Laws in Arbitration : Opting for 'Renegotiation' over 'Denunciation' as a Better Strategy for Host Developing Countries », *International Trade and Business Law Review*, vol. 23, 2021, p. 1.

*peut être interprétée comme le signe d'une attitude hostile aux investisseurs étrangers et d'une orientation protectionniste ou nationaliste de la politique économique de l'État »*[1598].

Quoique la renégociation semble préférable, la dénonciation est exploitable par les États membres de la ZLECAf. Ces derniers doivent en revanche garder à l'esprit que le maintien de leur attractivité est intrinsèquement lié à la perspicacité et à la prudence dont ils feront preuve à l'heure de dénoncer les TBI conclus avec leurs partenaires économiques étrangers[1599]. Cette attitude n'est, décidément, pas naturelle chez les États africains, l'agenda politique prenant quelques fois l'ascendant sur la diplomatie économique lors des négociations des TBI, comme a pu le relever Lauge Poulsen[1600].

La renégociation et la dénonciation sont valables dans le contexte de la ZLECAf si tant est que les États africains nourrissent l'ambition d'uniformiser leur régime juridique des investissements. Mais la seconde méthode, plus radicale, se présente comme un *ultimum remedium* pour les États africains.

## 2. *La pertinence de la renégociation et de la dénonciation*

Sans une renégociation ou une dénonciation des TBI conclus par les États africains avec les tiers, il serait impossible que les positions et les opérations des investisseurs étrangers sur le territoire des États hôtes reflètent l'approche de réglementation des investissements retenue dans le cadre la ZLECAf. La démarche recommandée aux États membres de la ZLECAf n'est guère une première en droit des investissements ; loin s'en faut ! L'UE l'avait déjà utilisée dans le cadre de sa politique extérieure en matière d'investissement.

En 2004, sa Commission enjoignait à 3 États membres, à savoir l'Autriche, la Suède et la Finlande de dénoncer ou de renégocier les TBI conclus avec les États tiers au motif que ces traités les empêchaient de respecter certaines obligations communautaires[1601]. Elle ira

---

**1598** Traduction personnelle. Voir HUIKURI (T-A.), « Terminating to Renegotiate : Bargaining the Investment Treaty Regime », PEIO Conference Paper, February 2019, p. 10, disponible sur https://www.peio.me/wp-content/uploads/2019/01/PEIO12_Paper_52.pdf, consulté le 9 juin 2022.

**1599** L'un des moyens pour éviter ce risque consisterait à autoriser l'application des clauses de survie en faveur des investisseurs au cas où elles sont insérées dans le TBI éteint.

**1600** Lauge Poulsen déclarait que *« […] BITs are often signed partly to promote foreign policy agendas […] or tie in, diplomatic links between States ».* Plusieurs études relevant des sciences politiques lient la conclusion des TBI à la volonté des États parties d'entretenir ou de consolider des relations diplomatiques. Tel est bien souvent le cas des États africains. Voir OULEPO (A.), « The AfCFTA, the Future Investment Protocol, and the Phasing-Out of Intra-African BITs », *op. cit*., p. 2.

**1601** Les obligations communautaires en question sont prévues aux articles 64, 66, 75 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) donnant la possibilité au Conseil, sous certaines conditions, de restreindre la liberté de circulation des capitaux. En effet, la clause de libre transfert des capitaux contenue dans les TBI conclus avec les États tiers n'était assortie d'aucune restriction. Ce qui était en contradiction avec le droit européen. Voir DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.,* pp. 514-515.

jusqu'à engager une procédure en manquement contre ces États devant la Cour de Justice de la Communauté Européenne (CJCE), puis obtiendra, en 2009, leur condamnation pour avoir omis de recourir aux moyens à leur disposition – la renégociation ou la dénonciation – en vue d'éliminer les incompatibilités contenues dans les TBI en question[1602].

Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1er décembre 2009, qui a conféré une compétence exclusive à l'UE en matière d'investissements directs étrangers[1603] dans le cadre sa politique commerciale commune[1604], les TBI conclus par les États membres de cette organisation régionale avec les États tiers sont censés être révisés, sinon remplacés par des *« TBI véritablement européens »*[1605]. Les États membres ne sont plus habilités à conclure des TBI[1606]. Les récents accords conclus par l'UE avec les États tiers contiennent une disposition suivant laquelle l'entrée en vigueur du nouvel accord suspend les TBI existants entre les parties. L'Accord de protection des investissements entre l'UE et le Viêtnam conclu en 2019 en est un cas récent[1607].

À la lumière de ces considérations, s'agissant de l'avenir des TBI conclus avec les États tiers, les États africains ont la possibilité d'adopter une approche similaire à celle de l'UE tout en restant fidèles à leurs réalités et préoccupations. La renégociation ou la dénonciation des TBI conclus avec les États tiers peut valablement contribuer à l'aération de l'environnement juridique des investissements au sein de la ZLECAf.

Admettons cependant que de tels changements ne peuvent se réaliser du jour au lendemain. Au sein de l'UE, la difficulté de l'opération s'est fait ressentir au point d'obliger

---

**1602** Lire CJCE, 3 mars 2009, Affaire *Commission c. Autriche*, C-205/06 ; CJCE, 3 mars 2009, Affaire *Commission c. Suède,* Affaire C-249/06 ; CJCE, 19 novembre 2009, Affaire *Commission c. Finlande,* C-118/07.

**1603** Les investissements indirects, tels que les investissements de portefeuille, ainsi que les questions relatives au règlement des différends relèvent encore de la compétence des États membres. Sur la compétence extérieure de l'UE en matière d'investissement, voir plus généralement, HINOJOSA MARTÍNEZ (L. M.), « El alcance de la competencia exterior de la Union Europea en materia de inversiones », *Revista de derecho comunitario europeo,* Vol. 52, 2015, pp. 871-907 ; JUILLARD (P.), « Investissement et droit communautaire (à propos des accords bilatéraux d'investissement conclus entre États membres et pays tiers », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne : union de droit, union des droits.*, Paris, Pedone, 2010, pp. 445-462 ;

**1604** Aux termes de l'article 207 (1) du TFUE, *« La politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne les modifications tarifaires, la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux relatifs aux échanges de marchandises et de services, et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, les investissements étrangers directs […]. La politique commerciale commune est menée dans le cadre des principes et des objectifs de l'action extérieure de l'Union ».*

**1605** MENETREY (S.), « Droit international des investissements et droit de l'Union européenne », *op. cit.,* p. 632.

**1606** Voir EL BOUDOUHI (S.), « L'avenir des traités bilatéraux d'investissements conclus par les États membres de l'Union européenne avec les États tiers », *Revue trimestrielle de droit européen*, pp. 85-115.

**1607** Cf. Article 4 § 2 de l'Accord de protection des investissements entre l'UE et le Viêtnam.

les États membres à prévoir une phase transitoire avant la tentative de production d'une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux[1608]. Malgré leur maturité en matière d'intégration juridique et économique, les États membres de l'UE font « attention à la marche »[1609]. À regarder leur niveau d'intégration continentale, les États africains auront besoin d'une marge temporelle bien plus importante. Ils sont par conséquent conviés à y procéder progressivement, mais sans trop de tâtonnement et d'atermoiements.

L'objectif originel de l'UE, comme le révèle l'article 14 du Traité de la Communauté européenne, est d'établir un marché unique européen[1610]. En créant la ZLECAf, les États membres de l'UA poursuivent le même but. Ursula von der Leyen, Présidente de la Commission de l'UE s'adressait à Son Excellence Macky Sall, alors Président en exercice de l'UA, en ces termes : *« [n]os deux Unions partagent la même vision : celle de créer un espace commun de stabilité et de prospérité »*[1611]. L'analogie avec l'UE n'est donc pas malvenue lorsqu'il est question d'aligner les TBI conclus par les États africains avec les tiers sur le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement[1612].

Si la renégociation et la dénonciation des TBI conclus avec les États tiers sont vivement souhaitables, il faut néanmoins reconnaître qu'elles constituent un pari d'envergure pour les

---

**1608** Lire « Proposition de Règlement du Parlement et du Conseil établissant des dispositions transitoires sur les accords bilatéraux d'investissement conclus entre les États membres et les États tiers », 7 juillet 2012, disponible sur https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/HIS/?uri=CELEX:32012R1219, consulté le 10 juin 2022. Voir aussi COMMISSION EUROPEENNE, *Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux,* Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et aux comité des régions, Bruxelles, le 7 juillet 2010, COM (2010)343 final, 15 p, disponible sur https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0343&from=SL, consulté le 9 juin 2022 ; Lire Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011 sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux (2010/2203(INI)), JOUE, C 296 E/96, 2 novembre 2012, 7 p, disponible sur https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011IP0141&from=EN , consulté le 9 juin 2022. Pour approfondir, Voir aussi, BEAUMIER (G.), « Le traité de Lisbonne et le droit international des investissements : l'évolution d'un nouveau modèle européen », *Revue Études internationales*, Vol. 47, N°4, 2016, pp. 365-386 ; SHAN (W.), ZHANG (S.), « The Treaty of Lisbon : Halfway toward a Common Investment Policy », *EJIL*, Vol. 21, 2010, pp. 1025-1048.

**1609** Cette formule est de Freya Baetens. Voir notamment BAETENS (F.), « Attention à la marche ! L'importance des dispositions transitoires pour les traités d'investissements bilatéraux conclus entre les États membres de l'UE et les États tiers », 35 p ; disponible sur https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/62832/Baetens-CDE%2Barticle%2Bfinal%2Bversion%2B-%2Bfor%2BUiO.pdf?sequence=1&isAllowed=y, consulté le 10 juin 2022.

**1610** Aux termes de l'article 14 du Traité de la Communauté européenne, le marché unique européen est *« un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée »*.

**1611**TCHOUNAND (R.), « Global Gateway : l'offensive européenne de 150 milliards d'euros en Afrique », *La Tribune Afrique,* 11 février 2022, disponible sur w https://afrique.latribune.fr/finances/investissement/2022-02-11/global-gateway-l-offensive-europeenne-de-150-milliards-d-euros-en-afrique-903933.html, consulté le 12 juin 2022.

**1612** Sur le marché unique européen dans le domaine des investissements, voir STRIK (Ph.), *Shaping the European Single Market in the Field of Foreign Direct Investment,* Hart Publishing, 2014, 288 p.

États africains. Le mieux serait d'attaquer les problèmes de compatibilité liés à ces accords à la source.

## B. L'alignement des futurs TBI extra-africains sur Protocole de la ZLECAf

Les incohérences susceptibles d'être engendrées par les futurs TBI conclus avec les États tiers peuvent être évitées ou, du moins, minorées par les États africains dès la phase de négociation : c'est à ce niveau que tout se joue ! Les négociateurs africains devraient s'assurer que tous ces TBI avec les États tiers intègrent les grandes lignes du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement **(1).** Les États membres de la ZLECAf gagneraient à collaborer lors de la négociation des accords d'investissement avec leurs partenaires étrangers. À cette fin, le Secrétariat chargé du fonctionnement de cet espace économique panafricain dispose des compétences nécessaires pour leur prêter main-forte **(2).**

### *1. L'obligation de négocier sur la base du Protocole sur l'investissement*

Le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement forme un socle juridique solide pour la réécriture des règles internes et internationales d'investissement d'une manière qui intègre les intérêts des États africains, autant que celles des entreprises et des communautés locales[1613]. Sans demander aux États signataires de l'Accord de la ZLECAf de couler leurs futurs TBI avec les États tiers dans le moule de ce Protocole – les réalités et les priorités des pays exportateurs de capitaux étant différents de ceux des pays récepteurs - s'abstenir de négocier des clauses qui s'en éloigneraient outrageusement serait le moindre effort qu'ils puissent fournir.

Dès sa conclusion et son entrée en vigueur, le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement devrait être utilisé par les États africains comme un instrument de référence dans la négociation de leurs accords internationaux d'investissement, qu'ils soient conclus entre États membres de la ZLECAf ou avec des partenaires extérieurs à la zone. Ce texte panafricain devrait servir, d'une part, à homogénéiser les diverses règles et les pratiques d'investissement appliquées dans les États africains et dans les CER auxquelles ils appartiennent et, d'autre part, à faire converger les intérêts des parties prenantes. Ainsi le

[1613] KULMANN (K.), AGUTU (A. L.), « The African Continental Free Trade Area : Toward a New Legal Model for Trade and Development », *Georgetown Journal of International Law,* vol. 51, 2020, p. 784.

Protocole deviendrait-il un outil apte à faciliter le développement d'une approche africaine commune de réglementation des investissements[1614].

On a pu le vérifier, l'Afrique a connu des avancées louables en matière de réglementation des investissements. Il ne lui reste qu'à recueillir l'adhésion de ses partenaires étrangers aux dispositions du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement. L'OCDE faisait remarquer que *« [n]egotiations in this area can be challenging, but collective efforts may be valuable where interests converge »*[1615]. L'approche collective pourrait alors permettre aux États africains de dissiper les incongruences de leurs futurs accords d'investissement dès la phase de négociations. Surya Subedi exhortait les pays les moins avancés (PMA) - parmi lesquels on classe la plupart des pays africains - à « travailler de concert » afin d'affirmer leur leadership dans le processus de modernisation du régime international des investissements[1616].

D'une manière particulièrement intéressante, les gouvernements africains, par l'utilisation effective du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement, seront capables de parler d'une seule et unique voix lors des négociations extracontinentales. En agissant à l'unisson, leurs positions seront renforcées et rendues crédibles. Subséquemment, leur poids dans les débats en cours sur le régime international des investissements deviendra plus important[1617].

Le Protocole de la ZLECAf ne saurait, pour autant, constituer une base de négociation des futurs accords s'il n'est pas lui-même le produit d'un consensus entre les États membres eux-mêmes. Les négociateurs délégués par ces États sont tenus de poursuivre les consultations auprès d'autres parties prenantes, telles que le secteur privé et la société civile pour s'enquérir de leurs attentes à l'égard de l'instrument juridique d'investissement à mettre en œuvre. La synchronisation des efforts de réforme aux différents niveaux d'élaboration

---

**1614** EL-KADY (H.), « The New Landmark African Investment Protocol : Quantum Leap for African Investment Policy making », *op. cit.,* p. 4.

**1615** OECD, *The Future of Investment Treaties : Background Note on Potential Avenues of Future Policies,* 6th Annual Conference on Investment Treaties, 29 march 2021, p. 9, disponible sur https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/Note-on-possible-directions-for-the-future-of-investment-treaties.pdf, consulté le 10 juin 2022.

**1616** SUBEDI (S. P.), « The Art of Negotiating Investment Treaties and Investments Contracts in a Changing World of International Investment Law », *in* UN-OHRLLS, *Legal Assistance to Make Foreign Investment Work Better for Sustainable Development in the Least Developed Countries*, Occasional Policy Papers Series on Least Developed Counties, N°2, 2017, p. 17, disponible sur https://www.un.org/ohrlls/sites/www.un.org.ohrlls/files/occasional-paper-no-2.pdf, consulté le 6 juillet 2022.

**1617** CNUCED, *Le développement économique en Afrique : la contribution potentielle de la Zone de libre-échange continentale africaine à une croissance inclusive – Aperçu général,* Conseil du commerce et du développement, Soixante-neuvième session, Genève, 20 juin -1er juillet 2022, p. 11 ; disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/tdb69_d2_fr.pdf, consulté le 6 juillet 2022.

des politiques d'investissement est primordiale[1618]. Bien que divergentes, les dimensions internationales et nationales appellent une interaction pour aboutir à un Protocole sur l'investissement résultant d'une entente entre les États membres de la ZLECAf sur les questions matérielles et procédurales.

Tel que le notent De Melo et Tsikata, *« [n]otwithstanding the growing importance of trade in natural resources, African countries have remained bystanders in the stalling of the current multi-lateral negotiations system. One way to acquire influence is through successful regional integration »*[1619]. On en déduit qu'une intégration régionale profonde rendue possible par la ZLECAf aura pour effet de renforcer les capacités de négociation des États africains. Dès l'entrée en vigueur du Protocole sur l'investissement, le rêve d'une « panafricanisation » des négociations étatiques en matière d'investissement est réalisable si le Secrétariat de la ZLECAf vole au secours des États.

### 2. *Le besoin d'une négociation menée sous l'égide du Secrétariat de la ZLECAf*

Les États africains n'ont plus intérêt à négocier des TBI avec les États tiers en vase clos. Dans le souci d'offrir des possibilités de décisions communes sur le fondement du texte continental, Il est plus indiqué de mener les négociations dans un environnement institutionnel plus large et coordonné. Une étude effectuée par l'UNECA, en partenariat avec la CNUCED et la Commission de l'UA, a révélé qu'*«[u]ne approche de négociation collective, éventuellement menée par l'Union africaine, serait sans doute plus fructueuse que les efforts déployés par les pays individuellement pour harmoniser les protocoles d'investissement, car elle serait plus facile à coordonner et bénéficierait d'un plus grand pouvoir de négociation, ce qui permettrait d'obtenir un meilleur résultat final »*[1620].

Cette proposition encourage des négociations de TBI menées par l'UA au nom ses États membres. Selon toute vraisemblance, la Commission, organe exécutif de cette organisation panafricaine, en sera le moteur. Ce schéma s'apparenterait à celui de l'UE qui se pose, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, en créateur de normes dans le champ des investissements directs étrangers. C'est, en effet, par le biais de sa Commission que cet espace d'intégration régionale mène désormais, au nom de ses États membres, les

---

**1618** UNECA, *Assessing regional integration in Africa (ARIA IX): Next steps for African Continental Free Trade Area, op. cit*., p. 208.

**1619** DE MELO (J.), TSIKATA (Y.), « Regional Integration in Africa: Challenges and Prospects », *op. cit*., p. 2

**1620** Traduction personnelle. Voir UNECA, *Assessing regional integration in Africa (ARIA IX): Next steps for African Continental Free Trade Area, op.cit*., p. 213.

négociations des accords internationaux d'investissement[1621]. En témoignent les accords conclus avec le Canada, Singapour, le Viêtnam, les États-Unis. Cette compétence conférée à l'UE vise *« à renforcer la capacité de négociation de l'Union et à prévenir les politiques disparates des États membres qui menacent l'unité du marché intérieur »*[1622].

L'UA a une vision similaire. Cependant, l'opérationnalisation de la ZLECAf, dont la compétence en matière commerciale et d'investissement est avérée, nous amène à suggérer l'abandon des négociations des futurs TBI aux soins du Secrétariat de la ZLECAf. Une approche collective des négociations entreprises sous l'égide du Secrétariat de la ZLECAf, plutôt que de la Commission de l'UA, nous paraît plus convenable. Mieux, une Agence panafricaine du commerce et de l'investissement, considérée comme *« une institution technique du Secrétariat de la ZLECAf »*[1623], est prévue par les États membres de la ZLECAf. Solliciter les fonctionnaires de cette future agence, profondément rompus aux arcanes de la négociation en matière d'investissement, pourrait limiter l'asymétrie constatée dans les accords internationaux d'investissement conclus par les États africains.

Ce n'est pas une idée saugrenue que de confier la négociation des TBI extra-africains au Secrétariat de la ZLECAf. En effet, l'instrument juridique de réglementation des investissements à l'échelle continentale - notamment le Protocole sur l'investissement - en est issu. Ce texte renferme les objectifs des États africains en matière sécurité, de protection de l'environnement, de travail, de protection des consommateurs, des valeurs socio-culturelles ; des objectifs auxquels les investisseurs, sans distinction d'origine, seront tenus de se conformer. Loin d'être synonyme de violation des droits des investisseurs, la compatibilité de tous les futurs TBI avec le Protocole sur l'investissement devrait être exigée.

Si les États africains décident de négocier individuellement leurs traités d'investissement avec les États tiers avant d'évoluer vers une négociation collective, la contribution du Secrétariat de la ZLECAf pourrait toujours receler un grand intérêt. Dans des circonstances, l'Agence panafricaine du commerce et de l'investissement, qui en est un démembrement, serait à même d'apporter une assistance technique indirecte aux États africains ayant engagé

---

**1621** MENETREY (S.), « Droit international des investissements et droit de l'Union européenne », *op. cit*. p. 636.

**1622** DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), « Le pouvoir des États membres de l'Union Européenne de conclure des traités bilatéraux d'investissements », *in* KESSEDJIAN (C.), LEBEN (Ch.), *Le droit européen et l'investissement, op. cit*, p. 30.

**1623** *« The Assembly of Head of State and Government of the African Union hereby establishes the Pan-African Trade and Investment Agency ('the Agency') as a technical institution of the AfCFTA Secretariat ».* Peut-on lire à l'Article 42 § 1 de l'Article 49 § 1 du *Protocol to the Agreement Establishing the African Free Continental Free Trade Area On Investment – Draft.*

des négociations de TBI et de contrats d'investissement. Le manque d'expertise dont ils souffrent constamment serait ainsi pallié.

Que de déplorer l'insuffisance d'expertise des pays en développement en matière de négociation est audible. Dans la pratique des négociations en matière d'investissement, « *government negotiation teams may fail to construct financial and economic models because their personnel do not have adequate general training in mathematics, computer software, and risk management, not to mention other sophisticated technical skills. Many government officials also lack the legal expertise to negotiate complex deals with seasoned negotiators* »[1624]. La complexité de la diplomatie économique[1625], telle qu'elle apparaît dans le domaine des investissements[1626], exige une expertise pointue et multidisciplinaire des négociateurs africains pour aboutir à la conclusion de TBI équilibrés.

Malgré le soutien technique de qualité que leur apportent des institutions comme la Banque mondiale, la CNUCED, l'UNECA etc., il n'y a pas mieux que le Secrétariat de la ZLECAf pour aider les États africains à arrimer leurs textes relatifs aux investissements à la nouvelle approche panafricaine de régulation des investissements. Les experts commis par le Secrétariat pour assister les États sauront leur fournir les informations exactes et nécessaires à la négociation d'instruments juridiques d'investissement conformes aux standards établis par la ZLECAf.

L'assistance technique indirecte du Secrétariat de la ZLECAf pourrait également se traduire par le renforcement des capacités des négociateurs d'investissement des États membres. À moyen ou à long terme, cette stratégie permettrait de doter les fonctionnaires des États africains impliqués dans les opérations d'investissement des capacités techniques et compétences requises pour une négociation efficace des accords internationaux d'investissements.

---

**1624** TSANG (V.), WU (W. S.), « Fair Game, Fair Play – The Advocacy of International Assistance for Developing Host States in Negotiating Investment Contracts », *JWIT,* vol. 23, N°3, 2022, p. 435.

**1625** Sommairement, la diplomatie économique peut être appréhendée comme *« la capacité des États à influencer le processus mondial de prise de décisions économiques, financières et sociales. Il en va de la promotion des intérêts économiques d'un pays à l'étranger en passant par le soutien apporté aux entreprises désireuses de s'installer dans une zone considérée comme étant prometteuse jusqu'à la création des conditions optimales en vue d'attirer les IDE ».* Voir BELEI (B. B.), *La nouvelle diplomatie économique en Afrique : Enjeux et paradigmes,* Editions Awoudy, 2022, p. 22.

**1626** WOOLCOCK (S.), « Multi-Level Economic Diplomacy : The Case of Investment », in BAYNE (N.), WOOLCOCK (S.) (ed.), *The New Economic Diplomacy : Decision-Making and Negotiations in International Economic Relations,* Ashgate, 3rd ed., 2011, pp. 132-135.

Une assistance directe aux États au cours des négociations est également envisageable. Dans la mesure du possible, des experts peuvent être dépêchés pour participer activement à des négociations en cours entre un État membre et un partenaire économique étranger. Cette forme d'assistance semble improbable en raison des conflits d'intérêts qu'elle est susceptible de générer[1627]. Cela ne devrait pas pour autant empêcher sa faisabilité après étude d'une requête préalablement introduite par un État membre de la ZLECAf auprès du Secrétariat.

Toutes ces activités censées être confiées au Secrétariat de la ZLECAf tombent dans le champ de compétences de l'Agence panafricaine du commerce et de l'investissement dont la mise en place est proposée. L'une de ses missions consiste à apporter un appui technique aux États parties par le renforcement de leurs capacités en matière de formulation et de mise en œuvre de politiques d'investissement, ceci aux fins de favoriser l'expansion des investissements intra-africains[1628].

La cohérence du cadre juridique des investissements requiert bien des efforts de la part des États africains. Et pour qu'elle soit effective, il est crucial de coordonner efficacement le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement et les autres textes ayant des liens avec les investissements.

## SECTION II. LE DEVOIR DE COORDINATION DU PROTOCOLE SUR L'INVESTISSEMENT ET DES AUTRES TEXTES DE LA ZLECAF INDIRECTEMENT LIÉS AUX INVESTISSEMENTS

Les États signataires de l'Accord portant création de la ZLECAf sont conviés à coopérer dans tous les secteurs économiques[1629]. Dans la perspective d'une réglementation continentale des investissements, l'alignement du Protocole de la ZLECAf sur l'architecture du nouvel espace commercial continental dans ses dimensions juridiques n'est pas à banaliser. Les négociateurs du Protocole sur l'investissement y ont veillé en prévoyant une disposition sur les relations entre ce document et les autres protocoles de la ZLECAf[1630].

---

**1627** *Ibidem,* pp. 442-443.

**1628** Le Projet de Protocole sur l'investissement énonce que *« The Agency shall assist State Parties in building their capacity in the formulation and implementation of investment policies to foster the intra-African investments […]»,* Article 42 § 4 du *Protocol to the Agreement Establishing the African Free Continental Free Trade Area On Investment – Draft.*

**1629** Article 4 (d) de l'Accord portant création de la ZLECAf.

**1630** Dès son adoption, le Protocole sur l'investissement, faisant partie intégrante de l'Accord portant création de la ZLECAf, ne modifie pas les droits et obligations découlant d'autres protocoles. Lire Article 50 du *Protocol to the Agreement Establishing the African Free Continental Free Trade Area on Investment – Draft.*

Toutefois, ils ont manqué d'élucider, dans des dispositions complémentaires, comment les relations harmonieuses exigées entre ce Protocole et les autres textes seront acquises. Des approches de solution sont, par conséquent, nécessaires pour une bonne articulation entre le Protocole sur l'investissement et les protocoles de la ZLECAf abordant les questions de commerce **(§1)**, de propriété intellectuelle et de concurrence **(§2).**

## § 1. POUR UNE COORDINATION ACCRUE DU PROTOCOLE SUR L'INVESTISSEMENT ET DES PROTOCOLES RELATIFS AU COMMERCE

Désireux de construire un marché élargi et sécurisé pour les marchandises et les services par la réduction progressive des barrières tarifaires et l'élimination des barrières non tarifaires au commerce et à l'investissement[1631], les États parties à l'Accord de la ZLECAf ont déjà négocié deux instruments juridiques se rapportant directement au commerce international, à savoir le Protocole sur le commerce des marchandises et le Protocole sur le commerce des services[1632]. Le lien entre ces textes et le Protocole sur l'investissement est certain. S'il est défectueux, il perpétuera l'incohérence entre les régimes juridiques commerciaux et d'investissement en vigueur en Afrique **(A).** La même hypothèse est valable pour le Protocole sur le commerce électronique qui sera adopté au cours de la phase III des négociations de la ZLECAf **(B).**

### A. La coordination du Protocole sur l'investissement et les textes relatifs au commerce matériel

L'objectif poursuivi par le Protocole sur les marchandises est de stimuler le commerce intra-africain des marchandises en passant, entre autres, par la promotion des chaînes de valeur aux niveaux régional et continental, et le renforcement du développement socio-économique, de la diversification et de l'industrialisation en Afrique. Le Protocole sur les services, lui, a pour but de *« favoriser les investissements nationaux et étrangers […], assurer la cohérence et la complémentarité entre la libéralisation du commerce des services et les différentes annexes dans les secteurs de services spécifiques […] »*[1633]. La volonté des États

**1631** Préambule de l'accord portant création de la ZLECAf. Selon le professeur James Thuo Gathii, ces objectifs réunis forment le léitmotiv de l'intégration régionale en Afrique. Il écrit : « *[…] integration is regarded as necessarily destined to proceed on a linear path where tariffs and non-tariffs are progressively eliminated, the trade regimes of member countries are linked together, and eventually their fiscal and monetary policies are harmonized ».* GATHII (J. Th.), « African Regional Trade Agreements as a Flexible Lagal Regimes », *North Carolina Journal of International Law,* Vol. 35, N°3, 2010, p. 572.

**1632** Cf. Accord portant création de la ZLECAf, pp. 18-56.

**1633** Cf. Article 3 du Protocole sur le commerce des services. Pour la libéralisation du commerce des services, les États signataires ont ciblé 5 secteurs prioritaires, à savoir le tourisme, les services financiers, les services aux entreprises, les télécommunications et le transport. Ils envisagent également de favoriser une

parties est ferme. Pourtant, sa manifestation est subordonnée à une rencontre harmonieuse entre les règles matérielles **(1)** et procédurales **(2)** utilisées en matière commerciale, avec celles qui seront insérées dans le Protocole sur l'investissement.

## *1. La coordination des dispositions substantielles*

L'adoption du Protocole sur le commerce des marchandises et celui portant sur le commerce des services se justifie aisément. L'initiative des États signataires de l'Accord de la ZLECAf est salutaire, car, comme le souligne Regis Simo, elle signale un changement de paradigme et un engagement en faveur d'une intégration continentale plus profonde[1634]. Il ne manque alors qu'à rechercher une concordance, dans la teneur de ces deux textes, avec la substance du Protocole sur l'investissement.

Il s'avère que le commerce et l'investissement ne s'opposent pas ontologiquement et ne convergent pas miraculeusement. Cependant, malgré leur histoire commune, ils évoluent séparément[1635], avec des règles matérielles et des structures institutionnelles distinctes[1636]. Ce qui n'est pas de nature à faciliter une coordination des cadres normatifs de commerce et d'investissement au sein d'un regroupement régional à caractère économique comme la ZLECAf. Le recoupement *ratione materiae* entre les activités commerciales et d'investissement est tout de même irréfutable[1637]. Les interactions qui existent entre elles peuvent être à la fois de complémentarité et de substituabilité[1638]. De fait, si le commerce et

---

reconnaissance mutuelle des normes, des licences et des certifications des prestataires de services, de même qu'une égalité de traitement entre les prestataires de services. Cf. https://www.mcinet.gov.ma/fr/content/zone-de-libre-echange-continentale-africaine-zlecaf , consulté le 10 juillet 2022.

**1634** Selon Regis Simo, *« The AfCFTA breaks new grounds by negotiating goods and services concurrently, signalling a paradigm shift and a commitment to deeper integration of the continent ».* Voir SIMO (R. Y.), « Trade in Services in the African Continental Free Trade Area : Prospects, Challenges and WTO Compatibility », *Journal of International Economic Law,* vol. 23, 2020, p. 65.

**1635** Alors que la science économique dessine une frontière étanche entre commerce et investissement, la science juridique, sans nier leurs particularismes, ne les appréhendent pas cette manière si cloisonnée. Voir AUDIT (M.), BOLLEE (S.), CALLE (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers, op. cit*., p. 19.

**1636** Debra Steger écrivait que *« Despite their early origins friendship, commerce and navigation treaties, history has left us with legally separate regimes for trade and investment ».* Voir STEGER (D. P.), « International trade and investment : towards a common regime ? », *in* ECHANDI (R.), SAUVE (P.) (ed.), *Prospects in International Investment Law and Policy, op. cit.,* p. 157. En ce qui concerne leur but, tandis que le régime juridique des investissements porte essentiellement sur la protection, celui du commerce met l'accent sur la libéralisation. Le dénominateur commun entre ces deux régimes juridiques est le principe de non-discrimination. Voir ALFORD (R. P.), « The Convergence of International Trade and Investment Arbitration », *Santa Clara Journal of International Law,* Vol. 35, N°12, 2013, p. 40.

**1637** L'objet des TBI et du *General Agreement on Trade in Services* adopté dans le cadre de l'OMC (GATS) sont en partie commun. DE NANTEUIL (A.), « Droit international des investissements et droit de l'OMC », *in* LEBEN (Ch.), *Droit international de l'investissement et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.,* p. 587.

**1638** BISMUTH (R.), « La contribution du droit international commerce au droit international des investissements », *in* ROBERT-CUENDET (S.), *Droit des investissements internationaux : Perspectives croisées, op. cit.,* p. 88. Pour analyse sous le prisme des sciences économiques, voir FONTAGNE (L.),

l'investissement sont substituables, un opérateur économique étranger devra choisir soit de commercer soit d'investir dans un pays étranger, en fonction de certaines conditions de marché, l'investissement étant capable d'évincer les débouchés commerciaux dans l'État d'accueil. En revanche, si commerce et investissement sont complémentaires, l'opérateur économique qui investit à l'étranger est en mesure de compléter, par ses activités, les débouchés commerciaux sur le marché de l'État d'accueil, ou en créer de nouveaux[1639].

Sujets connexes[1640], le commerce et l'investissement au sein de la ZLECAf appellent une régulation orchestrée par des instruments juridiques symphoniques et respectueux des nouvelles tendances et perspectives économiques des États africains. Régis Bismuth écrit que *« [s]i, du point de vue économique, les relations entre commerce et investissement sont dorénavant interdépendantes, il serait excessif de dire que le cadre juridique s'est pleinement adapté à cette évolution »*[1641]. De ce point de vue, au lieu de se borner à exiger une coopération entre les États parties en matière d'investissement, le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement devrait, par le truchement de clauses non équivoques, élucider sa relation avec les deux Protocoles traitant des questions commerciales. Les États africains se verront contraints à fournir des efforts d'adaptation de leurs instruments juridiques réglementant ces secteurs d'activités aux attentes nées de la mise en place de la ZLECAf.

Eu égard à la corrélation entre commerce et investissement, une complémentarité entre ces deux types d'activités paraît plus adaptée dans le contexte de la ZLECAf. Or, une politique commerciale visant à renforcer cette complémentarité entre le commerce et l'investissement dans un secteur donné pourrait avoir l'effet inverse sur un autre secteur. Dès lors, la synchronisation de la politique commerciale de la ZLECAf et son orientation

---

*L'investissement étranger direct et le commerce international : sont-ils complémentaires ou substituables ?,* Document de travail de l'OCDE sur la science, la technologie et l'industrie, 1999, 33 p, disponible sur https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/771416201121.pdf?expires=1658267422&id=id&accname=guest&checksum=49D2C390C417AFFF222307A3D5E41167, consulté le 17 juillet 2022.

**1639** UNECA, *Vers la mise en place d'une zone d'investissement commune au sein de la Zone de libre-échange continentale africaine : uniformiser les conditions régissant les investissements intra-africains, op. cit.,* p. 69.

**1640** Sur les relations entre commerce international et investissement, voir notamment BISMUTH (R.), « La contribution du droit international du commerce au droit international des investissements », *op. cit*., pp. 88-116 ; BROUDE (T.), « Investment and Trade : The 'Lisa and Lottie' of International Economic Law ? », *in* ECHANDI (R.), SAUVE (P.) (ed.), *Prospects in International Investment Law and Policy : World Trade Forum*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 139-155 ; KURZ (J.), *The WTO and International Investment Law,* Cambridge University Press, 2016, 311 p ; FOOTER (M. E.), « On the laws of attraction : examining the relationship between foreign investment and international trade », in ECHANDI (R.), SAUVE (P.) (ed.), *Prospects in International Investment Law and Policy, op. cit.,* pp. 105-138 ; DENTERS (E.) (eds) « Preferential Trade and Investment Treaties », *in* GAZZINI (T.), DE BRABANDERE (E.), *International Investment Law : Source of Rights and Obligations*, pp. 49-66.

**1641** *Ibidem,* p. 91.

vers des secteurs spécifiques plutôt que vers l'ensemble de l'économie, s'imposent[1642]. *In casu*, suite à l'adoption de deux protocoles se rapportant au commerce matériel, cet exercice devrait s'effectuer distinctement dans le secteur des marchandises et dans le commerce des services.

Il convient toutefois de souligner que certaines activités économiques peuvent répondre aux critères définis tant par le Protocole sur l'investissement que par les protocoles sur le commerce des marchandises et des services. Grâce à la *servicification*[1643] grandissante du commerce international, la combinaison des deux régimes, notamment commercial et d'investissement devient possible. Ce qui est assez profitable pour l'investisseur[1644]. Il est apparu que *« la libéralisation du commerce des services […] est dans une large mesure susceptible de permettre la réalisation d'une opération d'investissement qui serait couverte par un éventuel TBI en vigueur entre l'État d'origine du fournisseur et l'État sur le territoire duquel les prestations de services ont vocation à se réaliser »*[1645]. Ce cas de figure emporte de précieux avantages pour l'investisseur, en ce qu'il se trouve en capacité de « surfer » sur deux régimes juridiques différents et d'exploiter celui qui lui semble le plus avantageux. Il s'agit ainsi d'un « chevauchement fructueux »[1646] du droit du commerce international et du droit des investissements pour l'opérateur économique étranger.

Ces activités, lorsqu'elles sont réalisées sur le territoire d'un État hôte, bénéficient de la couverture des deux catégories d'instruments juridiques. À titre d'exemple, une interdiction des importations des biens et des services pourrait violer une restriction relative à la quantité sur le fondement des protocoles relatifs au commerce, et constituer à la fois, une violation du traitement juste et équitable ou de la règle d'expropriation en vertu du Protocole sur l'investissement[1647]. Une mesure prise par l'État d'accueil est susceptible d'engendrer un litige dont la résolution peut avoir lieu, simultanément ou parallèlement, devant les organes

---

**1642** UNECA, *Vers la mise en place d'une zone d'investissement commune au sein de la Zone de libre-échange continentale africaine : uniformiser les conditions régissant les investissements intra-africains, op. cit.,* p. 31.

**1643** Terme utilisé par Régis Bismuth pour décrire l'évolution et l'importance croissante du commerce des services. Voir BISMUTH (R.), « La contribution du droit international du commerce au droit international des investissements », *op. cit*., p. 105.

**1644** Ces dernières années, les flux des investissements intra-africains ont été de plus en plus axés sur le secteur des services, tels que la banque commerciale et l'assurance. Apparemment, une plus grande ouverture du commerce des services pourrait favoriser le développement du commerce des services et ainsi attirer davantage d'investissements pour le développement de l'Afrique. UNECA, *Drivers for boosting intra-African investment flows towards Africa's transformation*, pp. 12-13.

**1645** *Ibidem,* p. 108.

**1646**BISMUTH (R.), « La contribution du droit international du commerce au droit international des investissements », *op. cit*., p. 105.

**1647** ALFORD (R. P.), « The Convergence of International Trade and Investment Arbitration », *op. cit.,* pp. 44.

juridictionnels habilités par les Protocoles sur le commerce et par le Protocole sur l'investissement[1648]. Ce qui explique qu'une clarification des interactions entre commerce et investissement s'impose dans les Protocole de la ZLECAf traitant de ces questions. L'exigence d'une bonne articulation entre ces questions se manifeste sur le plan matériel et en cas de litige.

## *2. La coordination en matière contentieuse*

À l'instar des accords commerciaux régionaux et du droit de l'OMC, les protocoles de la ZLECAf abordant les questions commerciales envisagent le mécanisme de règlement interétatique des différends[1649], tandis que le Protocole sur l'investissement prévoira éventuellement le mécanisme de règlement investisseur – État dans son annexe. Alors que les sentences découlant des mécanismes de règlement des différends commerciaux prennent de manière courante la forme d'une injonction faite à l'État d'accueil de renouer avec ses obligations conventionnelles, le RDIE donne habituellement lieu à des réparations pécuniaires[1650].

Profitant de la possibilité qu'offre ce mécanisme d'obtenir des réparations ou des dommages-intérêts, les investisseurs décident parfois, stratégiquement, de convertir leurs problèmes commerciaux en des différends d'investissement[1651]. En résulte une recrudescence de procédures parallèles ou consécutives OMC – RDIE, si bien que surgissent des contradictions dans l'interprétation des dispositions et des conflits entre les organes de règlement des différends. Sergio Puig met en relief les effets négatifs de cette stratégie peu orthodoxe mais juridiquement fondée. Il note que *« [t]his strategic use of the legal remedies may have some negative consequences. It can subject governments to constant pressure, particularly given the destabilizing strain that accompanies parallel, sequential, or*

---

**1648** Alford l'a bien précisé en ces termes : *« The convergence in substantive norms gives occasion for the same government measure to generate parallel trade and investment proceedings. Foreign investors by definition are engaged in the international trade of goods and services. When they are adversely affected by a government measure, they will consider all relevant avenues of dispute resolution ». Ibidem,* p. 45.

**1649** Cf. Article 30 du Protocole sur le commerce des marchandises, Article 25 du Protocole sur le commerce des services.

**1650** Dans le système de règlement des différends à l'OMC est prospectif. Dans premier temps, l'État condamné, retire ou modifie la mesure dans un délai raisonnable. Les contre-mesures unilatérales ne seront autorisées que lorsque l'État n'honore pas son engagement. Voir KURZ (J.), « The Use and Abuse of WTO law in Investor-State Arbitration : Competition and Discontents », *EJIL,* Vol. 20, n°3, 2009, p. 758.

**1651** A la lumière de l'expérience de l'OMC en matière de règlement des différends et de la pratique des tribunaux arbitraux dans les différends relatifs aux investissements, il apparaît que *« investors (or their counsels) have realized that they can convert trade matters into investment disputes, with the potential of winning hefty damages awards, often appointing arbitrators with trade law background ».* voir UNECA, *Assessing regional integration in Africa (ARIA IX): Next steps for African Continental Free Trade Area, op. cit*., p. 203.

*combined legal actions. The need to defend 'policy space' more frequently, often in strategically staged proceedings, may result in risk aversion, rights accretion, or regulatory chill. Other negative effects of theses crossovers are far-reaching rulings with the potential policy consequences »*[1652].

En définitive, les accords relatifs au commerce et à l'investissement deviennent inefficaces, parce que dispersés dans des procédures parallèles. Pis, ils sont marqués par une incohérence inéluctable et frappés du sceau de l'illégalité, en ceci qu'un litige peut être tranché plus d'une fois. En réalité, il ne peut en être autrement, d'autant plus que les objectifs, la nature et la formulation des dispositions relatives au commerce et celles liées aux investissements ne sont pas assimilables.

Face à ces effets néfastes des entremêlements procéduraux sur le cadre juridique des investissements, il faudrait que les États signataires de la ZLECAf apportent des clarifications aux relations entre les divers organes de règlement des différends dans le cadre du commerce et des investissements. De façon plus large, des choix importants devraient être opérés concernant les règles substantielles et procédurales du Protocole sur l'investissement[1653] applicables aux réclamations arbitrales découlant des mêmes faits, mais régis simultanément par des règles d'investissement et de commerce. Parmi les approches pour une coordination satisfaisante du Protocole d'investissement et des textes relatifs au commerce, il est une évidence que la cohérence doit être recherchée[1654].

En outre, lorsqu'une partie considère qu'un litige est basé sur des règles relevant à la fois des protocoles relatifs au commerce et du protocole sur l'investissement, il serait souhaitable de le soumettre à un seul forum en vue de sa résolution. Il y a aussi possibilité de régler un différend d'investissement par l'entremise d'un organe de règlement des différends ou d'un mécanisme commun mis en place pour de telles instances[1655]. Cette option aurait le mérite de résoudre le problème de coût et de cohérence du processus et l'aboutissement de la décision. Cependant, elle pourrait poser des difficultés pratiques pour ceux qui sont chargés

---

**1652** PUIG (S.), « The Merging of International Trade and Investment Law », *Berkeley Journal of International Law,* vol. 33, N° 1, 2015, pp.46-47.

**1653** Une attention particulière doit être accordée au Protocole sur le commerce des services au regard des problématiques que cet instrument juridique peut soulever. Cela admet un facteur explicatif : alors que les secteurs primaire et manufacturier sont largement ouverts aux investisseurs étrangers, plusieurs secteurs de prestation de services tels que les médias, les télécommunications, le transport, les finances sont habituellement restreints par les États hôtes. Voir ERASMUS (G.), « The Investment Protocol of the AfCFTA », *op. cit.,* pp. 13-15.

**1654** UNECA, *Assessing regional integration in Africa (ARIA IX): Next steps for African Continental Free Trade Area, op.cit*., p. 203.

**1655** *Ibidem,* p. 204.

d'interpréter les traités, en raison des différences normatives entre les deux régimes juridiques.

Si les États membres de la ZLECAf préfèrent que les réclamations commerciales et d'investissement fassent l'objet d'un règlement des différends distinct, ils ont la faculté d'introduire plus tard dans le Protocole sur l'investissement, des règles sur le partage d'informations entre les deux organes qui s'en chargeront. Cela favoriserait l'établissement d'une base commune des faits, par la prescription des règles *ex ante* sur la manière dont la procédure doit être séquencée ou par la mise sur pied d'un organe consultatif apte à décider de l'ordre des différends[1656].

Il est souhaitable que le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement et les protocoles négociés au cours de la phase I, notamment le Protocole sur le commerce des marchandises et le Protocole sur le commerce des services, forment un *corpus* normatif harmonisé. Si l'Accord de la ZLECAf est assorti de règles d'investissement harmonisées par un protocole sur l'investissement, les synergies entre les flux commerciaux et les flux d'investissement pourraient être optimisées[1657]. Le commerce électronique ne sera pas en marge de cette évolution que les États africains devrait mettre en œuvre.

## B. La coordination du Protocole sur l'investissement et du Protocole sur le commerce électronique

*« La notion de commerce électronique s'applique à l'achat et à la vente effectués par réseau informatique dans des formats multiples et au moyen d'équipements différents, y compris par internet ou par des systèmes d'échanges de données informatisés, au moyen d'ordinateurs personnels ou portables, de tablettes ou de téléphones portables ordinaires ou intelligents »*[1658]. L'ampleur prise par cette forme de commerce dans le monde **(1)** a favorisé une prise de conscience des États membres de la ZLECAf sur la nécessité des interactions positives entre le Protocole qui y sera consacré à l'avenir et le Protocole sur l'investissement **(2).**

---

**1656** ALLEN (E. A.), SOAVE (T.), « Jurisdictional Overlap in WTO Dispute Settlement and Investment Arbitration », *The Journal of the London Court of International Arbitration*, Vol. 30, n° 1, 2014, p. Voir généralement RUIZ FABRI (H.), « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXè siècle. A propos des 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn,* Litec, vol.20, 2000, pp. 303-334.

**1657** *Supra,* note 82.

**1658** CNUCED, *Rapport sur l'économie de l'information. Libérer le potentiel du commerce électronique pour les pays en développement,* Nations Unies, 2015, p. 3, disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/ier2015_fr.pdf, consulté 12 juillet 2022.

## *1. Les enjeux de l'opération*

Appréhendé par l'OMC comme *« la production, la distribution, la commercialisation, la vente ou la livraison de marchandises et de services par des moyens électroniques »*[1659], le commerce électronique, encore dénommé *e-commerce,* évolue à une vitesse exponentielle[1660]. Accéléré par la pandémie de la Covid-19[1661], il pourrait atteindre 75 milliards de dollars US en 2025. En Afrique, le recours à cette forme dématérialisée de commerce n'est pas négligeable, bien qu'il parte d'un niveau encore très bas. Au Nigéria, il est possible de faire des achats de produits électroniques sur le site de commerce électronique *Jumia,* et de regarder des films sur l'application de streaming *iROKOtv.* En Égypte l'application *Breadfast* est utilisée pour la livraison de pain et des produits pour le petit-déjeûner. À Addis-Abeba*,* le voyage en covoiturage peut être sollicité grâce à l'application *Ride.* Les tablettes *ZEduPAd* permettent aux élèves zambiens du cours primaire de lire, d'écrire et de calculer dans huit (8) langues locales et étrangères[1662].

Certes, ces exemples sont fort appréciables. Mais on compte, à l'heure actuelle, moins de 30 millions d'acheteurs en ligne sur le continent. Le commerce électronique représente 5,7 milliards de dollars, soit une pénétration de 1,68 %, ce qui fait moins de 2% du total mondial[1663]. Malgré des prévisions qui font état d'une augmentation du taux de croissance annuel des recettes du commerce électronique de 13,3 % entre 2021 et 2025 pour atteindre

---

**1659** OMC, *Programme de travail sur le commerce électronique,* W/T/274, 25 septembre 1998, disponible sur https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=r:/WT/L/274.pdf&Open=True, consulté le 12 juillet 2022. CNUCED, *Rapport sur l'économie de l'information. Libérer le potentiel du commerce électronique pour les pays en développement,* Nations Unies, 2015, p. 3, disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/ier2015_fr.pdf, consulté 12 juillet 2022.

**1660** La conversion numérique a une histoire qui évolue au quotidien, suscitant, sur son passage, de nouvelles réalités dans tous les domaines de la vie sociale : économique, politique, juridique etc. DIFFO TCHUNKAM (J.), « Défi de développement du numérique et croissance économique : les perspectives camerounaises », *in* LOUKAKOU (D.), KEITA (B.) (dir.), *Défis du droit des affaires en Afrique, Mélanges I,* p. 60.

**1661** La pandémie de la Covid-19 a accéléré la transition vers les opérations en ligne. Avec la crise sanitaire, il est devenu encore plus urgent de renforcer la capacité des pays en développement en matière de commerce électronique. Voir CNUCED, *Accélérer la mise en œuvre des évaluations de l'état de préparation au commerce électronique*, 2 è édition, UNCTAD/DTL/STICT/2022/5, 2022, p. 8, disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/dtlstict2022d5_fr.pdf, consulté le 13 juillet 2022.

**1662** Voir UNECA, *Vers la mise en place d'une zone d'investissement commune au sein de la zone de libre-échange continentale, op.cit*., pp. 248-249.

**1663** Voir CHAYTOR (B.), « La ZLECA, un catalyseur du commerce numérique », *Tribune,* 2 septembre 2020, disponible sur https://resilient.digital-africa.co/blog/tech_voices/la-zleca-un-catalyseur-du-commerce-numerique-1-4/ , consulté le 17 juillet 2022

40,8 milliards de dollars en 2025[1664], les chiffres restent faibles lorsqu'ils sont comparés à ceux observés dans d'autres parties du monde[1665].

Dans une interview accordée au magazine *Forbes Afrique*, Cina Lawson, Ministre des Postes et de l'Économie numérique du Togo, faisait savoir que *« [d]e continent connu pour ses retards technologiques et son manque d'infrastructure, l'Afrique est devenue la terre promise de l'innovation pragmatique [...]»*[1666] . Malgré le satisfécit exprimé, celle-ci n'a pas manqué de nuancer que les gouvernements africains doivent *« mettre en place une vision claire et ambitieuse de l'économie numérique [...] en vue de soutenir le reste de l'économie »*[1667]. C'est à juste titre que les États signataires de l'Accord de la ZLECAf ont trouvé nécessaire d'envisager l'adoption d'un Protocole sur le commerce électronique au cours de la phase III des négociations[1668].

Essentiellement transfrontalier, le commerce dématérialisé exige une approche commune et de toutes les règles continentales. Pour promouvoir la confiance dans le cyberespace, les pays africains ont besoin de cadres législatifs et réglementaires appropriés, régissant les transactions en ligne, notamment des lois sur les transactions électroniques, la confidentialité des données, la protection des consommateurs et la cybersécurité. Les États parties reconnaissent que « *toute réglementation de ce type entraînerait une simplification et un alignement des règles, qui ont été en règle générale traitées par les ministères d'exécution et les organismes de réglementation des pays* »[1669].

Il est constant que, quelle que soit la forme qu'elles revêtent, les activités commerciales sont corrélées aux investissements. Cette corrélation entre commerce électronique et investissements est particulièrement complexe, multiforme et bidirectionnelle. Ainsi exige-t-elle des États signataires de l'accord de la ZLECAf, de produire des règles juridiques et

---

**1664** UNECA, *Vers la mise en place d'une zone d'investissement commune au sein de la zone de libre-échange continentale, op.cit*., p. 254.

**1665**La Chine, les États-Unis et le Royaume-Uni font représentent à eux seuls 70% du commerce électronique.

**1666** TCHAHA (S.), « Les nouvelles technologies pour élever la qualité de vie des populations », *Interview réalisée par* Forbes Afrique, septembre 2015, p. 61, disponible sur https://www.republicoftogo.com/content/download/92445/2299343/1, consulté le 23 juillet 2022.

**1667** *Idem.*

**1668** UNECA, *La nécessité impérative d'accélérer les négociations relatives au commerce électronique dans le cadre de la zone de libre-échange continentale africaine,* UNECA, Addis Abeba, 2021, p. 1 ; disponible sur https://repository.uneca.org/bitstream/handle/10855/43937/b11990259.pdf?sequence=1&isAllowed=y , consulté 12 juillet 2022. L'entreprise n'est pas nouvelle, puisque le commerce électronique fait partie de pratiquement tous les accords commerciaux méga-régionaux récents, notamment l'Accord entre le Canada - États-Unis – Mexique (ACEUM), le Partenariat économique global régional (RCEP), etc.

**1669** UNECA, *Vers la mise en place d'une zone d'investissement commune au sein de la zone de libre-échange continentale, op.cit*., p. 276.

politiques ciblées et coordonnées aux niveaux national, régional et continental dans ces deux domaines d'action économique[1670].

## *2. La nécessité de la coordination*

Dans le secteur du commerce numérique, quelques CER africaines ont déjà pris des belles initiatives de réglementation du commerce numérique. Il en est ainsi du COMESA qui a mis en place, en 2018, une *zone de libre-échange numérique* dans un souci de réglementation électronique et de dématérialisation du commerce. Au sein de la SADC, un *Cadre stratégique e-SADC* a été établi en 2010 dans le but de promouvoir l'utilisation des TIC pour l'intégration économique régionale. Bien qu'elle ne dispose pas d'une stratégie propre au secteur du e-commerce, la CEDEAO n'a pas cessé d'être active dans l'adoption de règles pouvant favoriser la sécurité dans les transactions en ligne. En 2010, cette CER a adopté deux textes visant à harmoniser ceux des États membres. Il s'agit de l'*Acte additionnel A/SA.1/01/10 encadrant la collecte, le traitement, la transmission, le stockage et l'utilisation des données à caractère personnel* et de *l'Acte additionnel A/SA.2/01/10 encadrant les transactions électroniques, la publicité en ligne et les contrats électroniques.* En 2011, elle a adopté la *Directive 1/08/11portant lutte contre la cybercriminalité.* Sur le plan continental, on mentionnera la *Convention de l'UA sur la cybersécurité et la protection des données personnelles* adoptée le 27 juin 2014[1671], ainsi que la *Stratégie de Transformation Numérique de l'Afrique 2020-2030* élaborée par la Commission de l'UA[1672]

La prise en considération des particularités du commerce électronique dans les discussions portant sur la protection, la promotion et la facilitation des investissements au sein de la ZLECAf est impérieuse. Avant la fin des négociations de tous les Protocoles de la Phase II incluant le Protocole sur l'investissement, les États membres examinent toutes les questions liées au commerce numérique dans le contexte de leurs priorités nationales et régionales, sociales et économiques, en considérant les répercussions des diverses stratégies internationales, avant de les adopter définitivement ou de les rejeter[1673]. Certains experts

---

**1670** *Ibidem,* p. 275.

**1671** UA, Convention de l'Union Africaine sur la cyber sécurité et la protection des données à caractère personnel, EX/CL846(XXV), 39 p, disponible sur https://www.afapdp.org/wp-content/uploads/2018/06/CONV-UA-CYBER-PDP-2014.pdf, consulté le 14 juillet 2022.

**1672** UA, Projet de Stratégie de Transformation Numérique (2020-2030), 71 p., disponible sur https://au.int/sites/default/files/newsevents/workingdocuments/37470-wd-annexe_2_ie25274_f_digital_transformation_startegy.pdf , consulté le 14 juillet 2022.

**1673** KIRA (B.), MUMBO (V.), TAVENGERWEI (R.), *Point à examiner à l'approche des négociations de de la Phase II de la ZLECAf : enjeux de la politique commerciale numérique dans quatre pays d'Afrique subsaharien*, UNECA, Document 16, janvier 2022, p. 8, disponible sur

estiment que *« cela permettra en outre aux membres de la ZLECAf d'identifier des opportunités de création de règles sur mesure favorables au commerce intrarégional sur le continent et avec le reste du monde. C'est un point important, car les dispositions négociées lors des accords commerciaux, qu'ils soient bilatéraux, régionaux ou plurilatéraux, peuvent entraver ou soutenir la prise de décision nationale ou régionale (ou en fin de compte, mondiale) et les efforts de réglementation visant à tirer parti des bénéfices de la numérisation »*[1674].

Le commerce numérique révèle l'ampleur du défi à relever par l'économie numérique. Il nécessite des infrastructures, telles que des routes et des ports, pour la connexion numérique et physique, et le perfectionnement des compétences. Par-dessus tout, il requiert des cadres juridiques, institutionnels et réglementaires adaptés. Les États membres de la ZLECAf sont en effet invités à se lancer *« dans l'aventure de l'e-commerce avec des lunettes à dioptrie adaptées, pas à l'aveugle »* [1675], s'ils espèrent favoriser *« un développement qui soit juste et solide »*[1676]. Les négociateurs du Protocole sur l'investissement et du Protocole sur le commerce électronique devraient par conséquent aborder ces questions, depuis les cadres de coopération de base jusqu'aux principes communs, aux règlements harmonisés et même aux lois unifiées.

*« Les bonnes nouvelles « économiques » du monde arrivent, aujourd'hui, du continent africain. Nouvelles terres de croissance, d'intégration des nouvelles technologies plus rapide que dans le reste du monde […] »*[1677], déclarait sur une note d'optimisme, Amadou Kane, ancien Ministre de l'économie et des finances du Sénégal. Dans le commerce numérique en Afrique, le développement du paiement par téléphone mobile est

https://www.bsg.ox.ac.uk/sites/default/files/2022-03/Commerce%20nume%CC%81rique%20ZLECAf_FR.pdf, consulté le 12 juillet 2022.

[1674] *Idem.*

[1675] ONU, *Pays en développement : le pari de la CNUCED pour faire du numérique un levier du développement,* https://news.un.org/fr/story/2018/04/1011212, consulté le 13 juillet 2022.

[1676] *Idem.*

[1677] BRACK (E.), *Les mutations du secteur bancaire et financier africain,* L'Harmattan, 2016, Préface.

remarquablement avancé[1678]. Selon Thierry Granier, *« l'utilisation de ce mode de paiement y est bien plus importante qu'en Europe »*[1679].

Cette expansion du commerce numérique des services en Afrique commande la recherche d'une cohérence entre les politiques commerciales et d'investissement[1680]. L'accentuation des efforts d'harmonisation des règles de la ZLECAf s'impose aux États membres, si ces derniers entendent empêcher les entreprises privées de rechercher l'instance la plus favorable. Il est certain que la suppression des lignes de démarcation entre le Protocole sur l'investissement et les autres Protocoles garantiront l'amélioration du climat des investissements au sein de la ZLECAf.

## § 2. POUR UNE ARTICULATION RÉUSSIE ENTRE LE PROTOCOLE SUR L'INVESTISSEMENT ET LES TEXTES PORTANT SUR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET LA CONCURRENCE

L'article 4 de l'Accord portant création de la ZLECAf énonce que les États parties *« coopèrent en matière d'investissement, de droits de propriété intellectuelle et de politique de concurrence […]»*[1681]. Le Protocole relatif aux investissements et les autres instruments juridiques en cours de négociations dans la phase II méritent dès lors d'être bien articulés. La mise en cohérence du cadre juridique continental des investissements nécessite une synchronisation des dispositions du Protocole sur l'investissement avec celles des textes de la ZLECAf portant sur les droits de la propriété intellectuelle **(A)** et la concurrence **(B).**

---

**1678** En guise d'exemple, l'on évoquera valablement le Togo avec le paiement et transfert mobile *T-Money* et *Flooz.* Nombreux sont les Kenyans qui utilisent le fournisseur de service de paiement par téléphone mobile *M-Pesa* pour le transfert d'argent, le paiement de factures, épargner et emprunter. Il existe également des initiatives régionales de paiement en échanges de biens et de service dans le cadre des transactions internationales. Le COMESA créé un système régional de paiement et de règlement (REPSS), la SADC a établi un système régional intégré de règlement électronique (SIRESS). Le système de paiement de l'Afrique de l'Est (EAPS) est un autre exemple intéressant. Parmi les initiatives régionales privées, les systèmes de paiement *Wari* et *Flutterwave.* Des initiatives ont vu le jour à l'échelle continentale également. Afreximbank a pu mettre au point une plateforme panafricaine de paiement et de règlement, par laquelle les transactions commerciales intra-africaines sont effectuées dans des devises locales (ces transactions se faisaient habituellement en devises étrangères). Voir UNECA, *Vers la mise en place d'une zone d'investissement commune au sein de la zone de libre-échange continentale, op.cit*., pp. 268-269.

**1679** GRANIER (Th.), « Les enjeux de l'appréhension de la technologie blockchain par le droit africain des affaires », *in* LOUKAKOU (D.), KEITA (B.) (dir.), *Défis du droit des affaires en Afrique, Mélanges I,* p. 73.

**1680** CNUCED, « L'évolution du commerce numérique des services », Note du Secrétariat, Neuvième session, Genève, 4-6 juillet 2022, TD/B/C.I/MEM.4/26, p. 5, disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/c1mem4d26_fr.pdf, consulté le 15 juillet 2022.

**1681** Article 4 (c) de l'Accord portant création de la ZLECAf.

## A. L'articulation entre le Protocole sur l'investissement et le Protocole sur les droits de propriété intellectuelle

Considérés comme l'un des principaux vecteurs d'activités économiques et d'investissement, les droits de propriété intellectuelle se situent au carrefour de régimes juridiques et d'intérêts multiples. Ils soulèvent de ce fait des interrogations relatives à leur interaction avec d'autres corps de règles[1682]. L'érection d'une zone commune d'investissement implique une coordination nécessaire des règles relatives à la propriété intellectuelle et aux investissements **(1).** Cette démarche revêtira un grand intérêt pour les États signataires de la ZLECAf, si elle est bien menée **(2).**

### *1. Des risques d'incohérence à maîtriser*

Les liens forts qu'entretiennent les cadres juridiques dans lesquels se déploient les investissements et les droits de propriété intellectuelle ne masquent pas pour autant leurs différences[1683]. Tandis que la protection des investissements est traditionnellement enracinée dans la protection de la propriété privée, le régime juridique de la propriété intellectuelle recherche un équilibre entre les valeurs sociales et les objectifs de politique publique tels l'innovation, l'accès à l'information, le transfert de technologie, la santé publique[1684]. En Afrique comme ailleurs, les droits de propriété intellectuelle sont contenus dans une variété de cadres juridiques fragmentés. François Dubuisson dira de la propriété intellectuelle qu'elle est devenue *« un cas très emblématique du phénomène de la fragmentation du droit international »*[1685].

---

**1682** DUBUISSON (F.), « Investissements étrangers et droit de la propriété intellectuelle », *in* ROBERT-CUENDET (S.) ; *Droits des investissements internationaux : Perspectives croisées*, *op. cit.* p. 361.

**1683** Le lien entre les droits de propriété intellectuelle et les investissements a fait l'objet de plusieurs analyses doctrinales. Voir par exemple BRAGA (C.), FINK (C.), « The Relationship between International Property Rights and Foreign Direct Investment », *Duke Journal of Comparative and International law*, vol. 9, n° 1, 1998, pp. 163-187 ; CORREA (C.), VIÑUALES (J.), « Intellectual Property Rights as Protected Investments », *JIEL,* vol. 19, 2016, pp. 91-120 ; MAYER (Th.), PFISTER (E.), « Investissement direct et droit de propriété intellectuelle dans les pays en voie de développement : une étude des choix de localisation des multinationales françaises », *Revue Région et Développement*, n°13, 2001, pp. 99-123 ; MITCHELL (A. D.), MUNRO (J.), VOON (T.S.), « Intellectual Property Rights in International,Investment Agreements : Striving for Coherence in National and International Law », *in* LIM (C. L.), MERCURIO (B.), *International Economic Law after the Crisis : A Tale of Fragmented Disciplines,* Cambridge University Press, 2015, 380 et s. ; MERCURIO (B.), « Awakening the sleeping giant : intellectual property rights in international investment agreements », *JIEL*, vol. 15, n° 3, 2012, pp. 871-915 ; VANHOENNACKER (L.), *Intellectual Property Rights as Foreign Direct Investments : From Collision to Collaboration,* Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, 320 p.

**1684** UNECA, *Assessing regional integration in Africa (ARIA IX): Next steps for African Continental Free Trade Area, op.cit*., p. 203.

**1685** DUBUISSON (F.), « Investissements étrangers et droit de la propriété intellectuelle », *op. cit.,* p. 361.

L'on pourrait légitimement s'interroger sur la valeur ajoutée de la protection des droits de propriété intellectuelle en leur qualité d'investissement, dès lors que ces droits font déjà l'objet d'une protection dans un autre régime juridique détaillé, prévu par des conventions internationales applicables entre les États et invocables par les investisseurs. On aboutira inéluctablement à une application concurrente des traités en matière d'investissement et des conventions relatives à la propriété intellectuelle, les deux catégories de traités portant sur des objets différents[1686].

Dans l'espace ZLECAf, afin d'éviter un double emploi de la pluralité de règles relatives à la propriété intellectuelle, les négociateurs du Protocole sur l'investissement ont fait en sorte que les standards insérés dans ce texte n'étendent pas leurs effets au Protocole portant sur les droits de propriété intellectuelle. Ils ont su indiquer indirectement que le Protocole portant sur la propriété intellectuelle constitue une *lex specialis* en relation avec les dispositions touchant à la propriété intellectuelle. Ce qui confère une primauté à cet instrument juridique à l'heure de régler un quelconque problème concernant l'exercice des droits de propriété intellectuelle[1687]. Une telle option se justifie dans le contexte africain caractérisé par une myriade de textes relatifs aux droits de propriété intellectuelle.

En effet, malgré l'existence d'une multiplicité de textes nationaux adoptés par leurs États membres pour protéger des droits de la propriété intellectuelle, les CER africaines ont élaboré, dans un souci d'harmonisation et de modélisation, plusieurs textes se rapportant à la matière. Le COMESA dispose d'une politique sur les droits de propriété intellectuelle datant de 2011[1688]. En 2012, la CEDEAO a adopté des principes directeurs concernant les Accords sur les aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC)[1689]. La SADC dispose d'un Protocole pour la promotion des obtentions végétales en 2014[1690] et d'un cadre régional portant sur les droits de propriété intellectuelle est en cours

---

**1686** *Ibidem,* p. 375.

**1687** Voir Article 50 du *Protocol to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area on Investment – Draft.*

**1688** *COMESA Policy on Intellectual Property Rights,* disponible sur http://www.ip-watch.org/weblog/wp-content/uploads/2013/05/Comesa-IP-policy-May-2013.pdf, consulté le 21 juillet 2022.

**1689** *Guidelines for Implementation of TRIPs Flexibilities in National Legislation to Improve Access to Medicines in the West African Region,* disponible sur https://www.healthresearchweb.org/files/ECOWAS_TRIPsGuidelines_English.pdf, consulté le 22 juillet 2022.

**1690** *Protocol for Protection of New Varieties of Plants (Plants Breeders' Rights) in the Southern African Development Community*, 6 may 2014, document disponible sur https://www.acbio.org.za/wp-content/uploads/2015/02/SADC-PVP-2014.pdf, consulté le 22 juillet 2022.

d'élaboration[1691]. La CAE possède une politique régionale sur l'utilisation des flexibilités prévues par l'Accord sur les ADPIC liés à la santé publique[1692]. Un projet de politique relatif à la propriété intellectuelle a été élaboré, mais il n'est pas encore adopté[1693].

D'un point de vue institutionnel, il existe deux organisations régionales s'intéressant aux questions de propriété intellectuelle. Il s'agit notamment de l'*African Regional Intellectual Property Organization* (ARIPO)[1694] et de *l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle* (OAPI)[1695]. Des institutions auxquelles la majorité des États membres de l'UA ont adhéré en fonction de leurs langues officielles.

Au niveau continental, des initiatives portant sur les droits de propriété intellectuelle ont également vu le jour. Trois initiatives importantes ont été prises par l'UA en la matière. La première, la plus importante, est l'adoption d'un *Modèle de loi pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des obtenteurs, et pour la réglementation de l'accès aux ressources biologiques*[1696]. La deuxième est relative à la *Stratégie continentale pour le développement des indications géographiques en Afrique 2018-2023*, dont l'objectif est de soutenir le développement rural durable et la sécurité alimentaire[1697]. La dernière initiative est institutionnelle. Elle concerne le projet de création d'une *Organisation*

---

**1691** Voir NKOMO (M.), « Regional Integration in the Area of Intellectual Property : The Case of Southern Africa Development Community Involvement », *Law, Democracy & Development,* vol. 18, 2014, pp. 323-333, disponible sur http://www.scielo.org.za/pdf/ldd/v18/16.pdf, consulté le 22 juillet 2022.

**1692** *EAC Regional Intellectual Property policy on the Utilisation of Public Health-Related WTO-TRIPS flexibilities and the Approximation of national Intellectual Property Legislation*, February 2013, disponible sur https://ipaccessmeds.southcentre.int/wp-content/uploads/2019/12/EACTRIPSPolicy.pdf, consulté le 22 juillet 2022.

**1693** Voir MANZI (M. J.), *Intellectual Property Rights in East Africa : Harmonization of Patent Laws and Policies for the East African Community,* Master Thesis, University of Nairobi, 2017, pp. 77-107.

**1694** L'ARIPO est compte 20 États membres, anglophones pour la plupart (Botswana, Eswatini, Gambie, Ghana, Kenya, Lesotho, Libéria, Malawi, Mozambique, Namibie, Rwanda, Sao Tome et Principe, Sierra Leone, Somalie, Soudan, Tanzanie, Ouganda, Zambie, Zimbabwé). L'organisation a son siège à Harare au Zimbabwé.

**1695** L'OAPI est composé de 17 États membres, en majorité d'Afrique francophone (Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée équatoriale, Mali, Mauritanie, Niger, République centrafricaine, République démocratique du Congo, Sénégal, Tchad et Togo). Son siège se trouve à Yaoundé au Cameroun.

**1696** Ce modèle de loi a été adopté par l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) en 2000 en Algérie. Lire *African Model Law on the Protection of the Rights of Local Communities, Farmers and Breeders, and for the Regulation of Access to Biological Resources, Pour approfondissement de ce modèle de loi,* disponible sur http://www.farmersrights.org/pdf/africa/AU/AU-model%20law00.pdf, consulté le 21 juillet 2022, voir MUNYI (P.) et al., *A Gap Analysis on the African Model Law on the Protection of the Rights of Local Communities, Farmers and Breeders, and for the Regulation of Access to Biological Resources,* February 2012, disponible sur http://archive.abs-biotrade.info/fileadmin/media/Knowledge_Center/Pulications/GAP_Analysis_and_Revison_African_Model_Law_FINAL_2902_01.pdf, consulté le 23 juillet 2022.

**1697** UA, *Stratégie continentale pour le développement des indications géographiques en Afrique 2018-2023*, disponible sur https://au.int/sites/default/files/documents/36127-doc-au_gis_continental_strategy_fre_with-cover-1.pdf, consulté le 23 juillet 2023.

*panafricaine de la propriété intellectuelle* (PAIPO)[1698] dont la mission sera de promouvoir les systèmes de propriété intellectuelle en tant qu'outil de développement économique[1699]. En outre, les États africains sont parties à des accords multilatéraux portant sur les droits de propriété intellectuelle. Ils sont au total 43 à avoir adhéré à l'Accord de l'OMC sur les ADPIC qui constitue le principal instrument international lié au commerce concernant les droits de propriété intellectuelle[1700].

Les développements effectués ci-dessus montrent à suffisance l'intérêt de restaurer l'ordre dans les cadres juridiques d'investissement et de protection des droits de propriété intellectuelle dans le contexte de la ZLECAf. Quoiqu'ils relèvent essentiellement du droit mou, les documents sus-évoqués dénote l'importance des droits de propriété intellectuelle dans les objectifs de développement des États africains. La création et la protection ces droits sont classiquement motivées par la volonté d'encourager les investissements dans les domaines de la création et de l'innovation. Cette motivation est d'autant plus marquée dans les pays en voie de développement où le transfert de technologie a toujours été considéré comme un outil essentiel de développement[1701].

C'est ainsi que les droits de propriété intellectuelle vont investir le champ des accords internationaux d'investissement. Ils s'y trouvent habituellement par énumération des investissements couverts par un traité d'investissement ou grâce à une définition large de la notion d'investissement[1702]. Le Code panafricain des investissements et la majorité des

---

**1698** Cette organisation a été prévue par les Statuts de l'OUA. Mais elle n'est pas encore mise en place. *Organisation Panafricaine de la Propriété Intellectuelle* ; Statuts de l'organisation disponible sur https://au.int/sites/default/files/treaties/32549-treaty-0053_-_paipo_f.pdf, consulté le 21 juillet 2022.

**1699** Pour l'instant, aucun État n'a encore ratifié ce texte.

**1700**OMC, *Accord sur les ADPIC et les Conventions auxquelles il fait référence,* disponible sur https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/ta_docs_f/1_tripsandconventions_f.pdf, consulté le 23 juillet 2022.

**1701** GATHII (J. Th.), « Strength in Intellectual Property Protection and Foreign Direct Investment Flows in Least Developed Countries », *Georgia Journal of International and Comparative Law,* Vol. 499, 2016, pp. 523-529.

**1702**UNCTAD, *Intellectual Property Provisions in International Investment Agreements*, IIA Monitor, N°1, 2007, pp. 2-7, disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/webiteiia20071_en.pdf , consulté le 23 juillet 2022.Voir aussi LIBERTI (L.), *Intellectual Property Rights in International Investment Agreements : An Overview,* OECD Working Papers on International Investment, N°1, 2010, p. 6, disponible sur https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2010_1.pdf, consulté le 24 juillet 2022. Il convient de préciser que l'insertion de la propriété intellectuelle dans la définition de la notion d'investissement ne leur garantit pas automatiquement la protection établie par le traité d'investissement. Pour en bénéficier, le droit de la propriété intellectuelle doit s'inscrire préalablement dans une activité d'investissement, et que son titulaire soit in « investisseur » ressortissant de l'autre État partie. DUBUISSON (F.), « Investissement étranger et droits de la propriété intellectuelle », *in* ROBERT-CUENDET (S.), *Droit des investissements internationaux : perspectives croisées*, *op. cit.* p. 363.

accords régionaux africains d'investissement s'inscrivent dans cette logique[1703]. Dans la notion d'investissement, le PAIC inclut par exemple *« droits d'auteur, fonds de commerce, droits de propriété intellectuelle tels que des brevets, marques déposées, modèles industriels et appellations […] »*[1704] *;* des dispositions reprises par le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement[1705].

La Phase II des négociations de la ZLECAf a également porté sur le Protocole relatif aux droits de propriété intellectuelle[1706]. Titilayo Adebola considère que cet instrument juridique de *hard law,* à l'image du Protocole sur l'investissement, constitue une opportunité unique pour l'Afrique de reconstruire son architecture segmentée en matière de propriété intellectuelle en alignant les cadres juridiques sous-régionaux sur les aspirations de développement inscrites dans l'agenda de l'UA dans le domaine de la propriété intellectuelle[1707]. Avec cette vision à l'esprit, le défi des États membres de la ZLECAf serait de dissiper les contradictions entre ce Protocole et celui portant sur l'investissement. Il s'agira pour les États signataires de l'Accord de libre-échange d'œuvrer à ce que les intérêts publics et privés contenus dans ces deux protocoles soient conciliés et préservés. La cohérence des textes de la ZLECAf relatifs aux investissements et aux droits de propriété intellectuelle n'est possible qu'en y procédant rigoureusement.

## *2. Les techniques de mise en cohérence à utiliser*

L'Afrique a encore besoin d'investissements dans les activités inventives et de l'innovation. L'accroissement de cette catégorie d'investissements contribuera à l'atteinte des objectifs tels que la Recherche et le Développement (R&D), l'accès à l'information, le

---

**1703** Le Code panafricain des investissements prévoit que *« chaque État membre veille à garantir le respect des droits de propriété intellectuelle sur son territoire […]»,* Cf. Article 25 § 1 du PAIC. Aux termes de l'article 25 § 3, *« les États membres et les investisseurs doivent, conformément aux normes internationales généralement acceptées et aux meilleures pratiques, protéger les systèmes de connaissance traditionnelle et les expressions culturelles ainsi que les ressources génétiques recherchés, utilisés, ou exploités par les investisseurs, ou qui sont pertinents pour leurs contrats, pratiques et autres opérations dans les États membres».*

**1704** Cf. Article 4 § 4 (f) du PAIC.

**1705** Voir la définition de la notion d'investissement dans le Protocole sur l'investissement. Lire Article 1 du

**1706** NYATLO (S. M.), « African Continental Free Trade Agreement : The Envisaged Phase II Intellectual Property Aspect », *WTO-WIPO Colloquium Papers*, African edition, vol. 9, n° 2, 2018, pp. 50-61, disponible sur https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/colloquium_papers_e/2018_african/chapter_5_2018_african_edition_e.pdf, consulté le 23 juillet 2022, voir aussi Du PLESSIS (A.), « The Proposed AfFCTA on Intellectual Property Rights », *Tralac blog*, disponible sur https://www.tralac.org/blog/article/14066-the-proposed-afcfta-protocol-on-intellectual-property-rights.html, consulté le 23 juillet 2022.

**1707** ADEBOLA (T.), « Mapping Africa's Complex Regimes : Towards an African Centered AfCFTA Intellectual Property Protocol », *African Journal of International Economic Law*, vol. 1, 2020, p. 233 et svt.

transfert de technologie, l'accès à l'alimentation et aux médicaments essentiels à des prix abordables, et le développement de marchés compétitifs, d'industries locales et d'exportations à valeur ajoutée[1708]. Cependant, la prise en compte de ces préoccupations ne devrait pas amener les États membres de la ZLECAf à ignorer la conciliation des intérêts des détenteurs des droits de propriété intellectuelle et ceux des autres parties prenantes. De manière générale, *« ces règles et dispositions doivent être conformes aux plans nationaux de développement, aux objectifs de développement durable et aux besoins socioéconomiques et besoins de développement énoncés dans l'Agenda 2063 de l'Union africaine »*[1709].

Spécifiquement, l'introduction des droits de propriété intellectuelle dans le cadre de la protection des investissements est un changement que les États membres de la ZLECAf doivent pouvoir maîtriser. Leur *modus operandi* serait fondamentalement de bien concevoir les règles substantielles et les mécanismes de règlement des différends lorsqu'ils considèrent les liens entre les politiques qui seront issues du Protocole sur l'investissement et du Protocole portant sur les droits de la propriété intellectuelle.

La première approche consisterait à éviter les contradictions indésirables entre ces deux instruments juridiques en laissant les droits de propriété intellectuelle hors du champ de définition des investissements. Dans ce cas, l'élimination de ces droits de la liste des investissements que couvrira le Protocole sur l'investissement s'imposera naturellement. En revanche, cette approche ne sera efficace que si les négociateurs sont convaincus d'une protection adéquate assurée par le Protocole sur la propriété intellectuelle et que les investisseurs n'auront plus besoin d'un cadre juridique différent de celui offert par ce protocole pour défendre leurs droits de propriété intellectuelle[1710].

Dans une seconde approche, les États membres de la ZLECAf, s'ils décident de protéger les droits de propriété intellectuelle en leur qualité d'investissement, pourraient modifier le lien qui existe entre ces deux matières en reformulant ou en limitant les notions

---

[1708] UNECA, *Vers la mise en place d'une zone d'investissement commune au sein de la zone de libre-échange continentale, op.cit*., p. 209. La protection des droits de propriété intellectuelle *« is deemed a tool for public policy to promote economic, social and cultural progress».* Voir NYATLO (S. M.), « African Continental Free Trade Agreement : The Envisaged Phase II Intellectual Property Aspect », *op. cit.,* p. 50.

[1709] *Ibidem,* p. 237. Certains auteurs considéraient que le Protocole de la ZLECAf sur la propriété intellectuelle *« can serve as a catalyst for technology transfer, technology diffusion, and the economic transformation of Africa's economy from one that is primary resource-based, to one that is driven by knowledge, information and idea »,* voir aussi NKOMO et al. « The African Continental Free Trade Area : A Significant Role for IP », *WIPO Magazine*, December 2020, disponible sur https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2020/04/article_0005.html, consulté le 23 juillet 2022.

[1710] UNECA, *Assessing regional integration in Africa (ARIA IX): Next steps for African Continental Free Trade Area, op. cit*., p. 204.

d'investissement et d'investisseur dans le Protocole sur l'investissement. De la même manière, la limitation des standards de protection insérés dans le Protocole sur l'investissement est une option viable. De la sorte, la protection des droits de propriété intellectuelle prévus par le Protocole sur l'investissement serait assurée, puisque la flexibilité des droits de propriété intellectuelle est en mesure de limiter dans la formulation des standards de protection des investissements[1711]. Heureusement, telle a été l'option des négociateurs du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement[1712].

Il est constamment prévu, dans les récents accords internationaux d'investissement, que le régime de l'expropriation ne saurait avoir pour conséquence d'écarter les normes autorisant l'adoption de limitations et d'exceptions à certains droits de propriété intellectuelle par les États d'accueil[1713]. Ces textes énoncent souvent, comme le PAIC, que les dispositions relatives à l'expropriation ne s'appliquent pas *« à la délivrance de licences obligatoires accordées relativement aux droits de propriété intellectuelle, ni à la création, à la limitation et à la révocation de droits de propriété intellectuelle, pour autant que soient respectées les accords internationaux applicables en matière de propriété intellectuelle »*[1714]. Il convient néanmoins d'aborder de telles exceptions avec prudence, car elles sont susceptibles d'ouvrir une porte d'entrée à l'Accord sur les ADPIC dans le régime juridique des investissements. Elles peuvent aussi permettre aux investisseurs d'invoquer le régime juridique des droits de propriété intellectuelle dans un arbitrage d'investissement[1715].

Une revendication arbitrale pour expropriation est prévisible lorsqu'un investisseur estime ses attentes légitimes réduites à néant, suite à la délivrance de licences obligatoires. Un exemple concret de cette éventualité est offert par l'Affaire *Eli Lilly c. Canada.* En l'espèce, le manufacturier américain de produits pharmaceutiques *Eli Lilly* a formé un recours contre le Canada, arguant que l'annulation de ses brevets par les organes judiciaires

---

**1711** *Idem.*

**1712** Aux termes du Protocole sur l'investissement, sont également considérés comme des investissements, *« intellectual property rights such as copyrights, patents, trademarks, industrial designs, trade names, know-how and goodwill to the extent they are acquired, maintained and protected under the law of the Host State ».* Voir Article 1 du *Protocol to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area on Investment – Draft.*

**1713** DUBUISSON (F.), « Investissement étranger et droit de propriété intellectuelle », *op. cit.,* p. 379.

**1714** Lire Article 11 § 4 du PAIC. Le CETA prévoit une disposition similaire en son article 8. 12. 6 qui dispose que le régime de l'expropriation *« ne s'applique pas à la concession de licences obligatoires relativement à des droits de propriété intellectuelle, pour autant que ces mesures soient conformes à l'Accord sur les ADPIC ».*

**1715** UNECA, *Assessing regional integration in Africa (ARIA IX): Next steps for African Continental Free Trade Area, op. cit*., p. 205.

de cet État constituait une expropriation aux termes de l'article 1110 de l'ALENA et, partant, une violation ses droits de propriété intellectuelle[1716].

Les interactions entre protection des investissements et protection des droits de propriété intellectuelle - on le constate aisément - suscitent également des difficultés en matière de règlement des différends relatifs aux investissements. Précédemment à l'affaire *Eli Lilly c. Canada*, les affaires ayant opposé le fabricant de cigarettes *Philip Morris* à l'Uruguay, d'une part, et à l'Australie, d'autre part, en ont fourni une parfaite illustration. Dans les procédures arbitrales engagées par cette société multinationale, des revendications liées à ses droits de propriété intellectuelle étaient soulevées. Elle estimait qu'en prévoyant des mesures législatives les obligeant à commercialiser leurs cigarettes dans des paquets banalisés *(plain packing)* ou avec des restrictions obéissant aux recommandations « anti-tabac » émises par l'OMS, ces États portaient atteinte à son droit d'utiliser sa marque en sa qualité d'investissement[1717].

Ces deux affaires sont riches d'enseignements pour les États membres de la ZLECAf. Lorsque les investisseurs considèrent que leurs droits de propriété intellectuelle sont violés par l'État d'accueil, ils sont habilités à recourir à un mécanisme de règlement des différends exclusif sur le fondement des ADPIC. Mais ils préfèrent désormais le mécanisme de règlement des différends investisseur – État en passant par les règles spécifiques relatives aux droits de propriété intellectuelle insérées dans les accords internationaux d'investissement. Le grand cabinet d'avocats américain Jone Day, dans un article publié en 2012, encourageait les sociétés pharmaceutiques à considérer les accords internationaux d'investissement comme *« une nouvelle voie à suivre »* pour faire face au caractère

---

**1716** CIRDI, *Eli Lilly c. Gouvernement du Canada,* N°UNCT/14/2, sentence finale du 16 mars 2017 ; disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8546.pdf, consulté le 25 juillet 2022. Pour commentaire, voir GATHII (J. Th), HO (C.), « Regime Shifting of IP Law Making and Enforcement From WTO to the International Investment Regime », *Minnesota Journal of Law, Science and Technology,* vol. 427, 2017, pp. 456-458.

**1717** Il s'agissait en l'espèce de la marque *Malboro.* Précisément, la société *Philip Morris* avançait que la limitation de l'utilisation de sa marque sur les paquets des cigarettes qu'elle produit violait plusieurs dispositions de l'Accord entre la Confédération suisse et la République orientale de l'Uruguay concernant la protection et la promotion des investissements, ainsi que de l'Accord entre le gouvernement de l'Australie et le gouvernement de Hong Kong pour la protection et la promotion des investissements. Voir MERCURIO (B.), « Awakening the Sleeping Giant : Intellectual Property Rights in International Investment Agreements », *op. cit*., pp. 871-872. La procédure CNUDCI lancée contre l'Australie, le tribunal arbitral s'est déclaré incompétent au motif que l'action intentée par *Philip Morris* constituait un abus de droit. CPA (CNUDCI), Philip Morris Asia Ltd (Hong Kong) c. Australie, Affaire n°2012-12, sentence sur la compétence et la recevabilité du 17 décembre 2015. S'agissant de la procédure CIRDI contre l'Uruguay, le tribunal arbitral n'a pas décliné sa juridiction. Il a plutôt rejeté l'action intentée par cette multinationale sur le fond. CIRDI, *Philip Morris c. République orientale d'Uruguay*, N° ARB10/7, sentence du 8 juillet 2016, disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf, consulté le 25 juillet 2022.

défavorable des lois nationales sur la délivrance des brevets[1718]. L'article poursuit que l'arbitrage international d'investissement fournit un mécanisme efficace pour faire respecter les droits de brevet dans le monde[1719]. C'est l'avenue choisie par la société pharmaceutique *Eli Lilly.*

Enfin, l'adoption des textes se référant à la propriété intellectuelle pourrait engendrer des procédures parallèles de règlement des différends, l'une engagée devant l'Organe de règlement des différends de la ZLECAf dans le cadre d'un contentieux interétatique[1720], et l'autre devant un tribunal arbitral par le biais du mécanisme de RDIE[1721]. Seule la clarification des procédures dans ces deux instruments juridiques garantirait la cohérence des mécanismes de règlement des différends liés aux droits de propriété intellectuelle. La politique de la concurrence de la ZLECAf est concernée par ce même exercice.

## B. L'articulation entre le Protocole sur l'investissement et le Protocole sur la politique de la concurrence

La contiguïté matérielle des accords internationaux d'investissement et des politiques de la concurrence donne lieu à leur interaction normative[1722]. L'absence de coordination du Protocole de la ZLECAf et le Protocole sur la concurrence risque d'entraîner l'incompatibilité de ces deux ensembles normatifs. Ce qui comporte le risque d'affaiblir l'intégration continentale. Convaincu du besoin de coordination de ces instruments juridiques **(1)**, l'on tentera de proposer les méthodes par lesquelles elle peut être opérée **(2).**

---

**1718** VASANI (B. S.) et al., « Treaty Protection for Global Patents : A Response to Growing Problem for Multinational Pharmaceutical Companies », *Insights*, October 2012, disponible sur https://www.jonesday.com/en/insights/2012/10/treaty-protection-for-global-patents-a-response-to-a-growing-problem-for-multinational-pharmaceutical-companies, consulté le 25 juillet 2022.

**1719** *Idem.* Voir aussi GATHII (J. Th), HO (C.), « Regime Shifting of IP Law Making and Enforcement From WTO to the International Investment Regime », *op. cit*., p. 455.

**1720** Ce mécanisme de règlement des différends serait identique à celui de l'OMC où les procédures en vue du règlement d'un différend touchant aux règles contenues dans les ADPIC sont menées devant l'organe de règlement des différends (ORD).

**1721** BAKER (B. K.), GEDDES (K.), « ISDS, Intellectual Property Rights and Public Health », *in* SINGH (K.), ILGE (B.) (eds), *Rethinking Bilateral Investment Treaties : Critical Issues and Policies Choices*, SOMO Publishings, 2016, pp. 189-199.

**1722** Voir CASTELLARIN (E.), « Les accords relatifs à l'investissement et le droit de la concurrence », ROBERT-CUENDET (S.), *Droit des investissements internationaux : Perspectives croisées, op. cit,* pp. 578-605. Voir aussi FACH GOMEZ (K.), GOURGOUNIS (A.), TITI (C.) (eds), *International Investment Law and Competition Law, European Yearbook of International Economic Law*, Springer Cham, 2020, 286 p, SVETLICINII (A.), « The Interactions of Competition Law and Investment Law : The Case of Chine State-Owned Entreprises and EU Merger Control Regime », *in* CHAISSE (J.), CHOUKROUNE (L.) JUSOH (S.), (eds), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Singapore, Springer, 2019, pp. 1-21.

## *1. La nécessité d'une bonne interaction normative*

La corrélation entre investissement et concurrence n'est plus à démontrer. Les politiques de promotion des investissements et la politique de la concurrence peuvent s'influencer mutuellement de quatre manières. Premièrement, les politiques d'investissement sont susceptibles d'aller à l'encontre de la politique de la concurrence en encourageant ou en imposant aux investisseurs un comportement ou des conditions qui pourraient contrevenir au droit de la concurrence.

Deuxièmement, les politiques d'investissement peuvent employer les méthodes de la politique de la concurrence. Les outils permettant d'atteindre les objectifs réglementaires en matière d'investissement peuvent être conçus pour tirer parti des mesures d'incitation économique et la dynamique concurrentielle.

Troisièmement, les politiques d'investissement sont en mesure de reproduire la politique de la concurrence lorsque l'État d'accueil choisit, par exemple, de fixer les règles de la concurrence loyale entre les investisseurs.

Enfin, les politiques d'investissement sont remplaçables par la politique de la concurrence lorsqu'elles sont utilisées pour contrôler le pouvoir de marché, en fixant le prix et en contrôlant l'entrée et l'accès[1723]. C'est là quelques-unes des raisons pour lesquelles les règles d'investissement et celles liées à la concurrence nécessitent une mise en cohérence dans le cadre de la ZLECAf.

La relation de concurrence de l'investisseur protégé avec les autres investisseurs nationaux et étrangers, est la raison d'être de certains standards de protection comme le traitement national et la clause de la nation de la plus favorisée. Sauf dispositions contraires, les standards de traitement prévus par les TBI s'appliquent à la politique de concurrence. La pratique arbitrale a pu prouver que le droit des investissements partage avec le droit de la concurrence certains principes, tels que l'interdiction de la discrimination et de l'arbitraire. C'est l'exemple de l'affaire *Lemire c. Ukraine* dans laquelle il a été retenu que le refus de l'État hôte d'attribuer des fréquences radio supplémentaires à un investisseur déjà actif sur le territoire de l'État d'accueil constituait une violation de la clause du traitement juste et équitable du TBI États-Unis – Ukraine[1724]. Lorsqu'un État d'accueil des investissements

[1723] UNECA, *Vers la mise en place d'une zone d'investissement commune au sein de la zone de libre-échange continentale, op.cit*., p. 179.

[1724] Pour rendre cette sentence, le tribunal arbitral a estimé que l'investisseur étranger était victime d'un traitement discriminatoire et arbitraire par rapport aux autres entreprises opérant dans le secteur de la

omet de garantir les conditions d'une concurrence loyale dans le cadre de sa fonction de régulateur du marché, il viole ses obligations de protection de l'investisseur au titre d'un traité d'investissement.

Du reste, l'inclusion des règles relevant du droit des investissements et du droit de la concurrence dans le même support normatif n'est plus exceptionnelle. Cette pratique va *crescendo* dans les Accords de Libre-échange (ALE)[1725]. C'est donc sans grande surprise que l'Accord de la ZLECAf, dont l'aspiration est de favoriser une intégration économique approfondie des États africains, prévoit que *« [l]es Protocoles sur le commerce des marchandises, le commerce des services, les investissements, les droits de propriété intellectuelle, la politique de concurrence […] forment un engagement unique, sous réserve de leur entrée en vigueur »*[1726]. Négociés au cours de la même phase, les règles de la ZLECAf sur l'investissement et celles devant réguler la concurrence dans cet espace économique exigent par conséquent une articulation ordonnée.

Les États membres de la ZLECAf comptent adopter un Protocole sur la politique de la concurrence. Il est en effet apparu, dans le contexte d'une intégration régionale, qu'une concurrence non régulée peut se révéler préjudiciable pour les petits États. D'où l'importance de disposer d'instruments juridiques pertinents et d'institutions qui fonctionnent aussi bien pour les petits États que pour les grands. Le Protocole de la ZLECAf sur la politique de concurrence se présente dès lors comme une solution. Toutefois, en vue de la construction d'une zone commune d'investissement, ce texte doit être en phase avec le Protocole sur l'investissement et inspirer les États qui ne possèdent pas encore de politiques de la concurrence. Il doit par ailleurs servir de modèle d'harmonisation pour les États qui en disposent déjà[1727].

Il y a lieu de souligner que les répercussions des politiques de concurrence dépassent les frontières nationales. Ainsi certaines CER africaines se sont-elles évertuées à établir des règles harmonisées en la matière à l'intention de leurs membres. Le COMESA a adopté, en

---

communication radiophonique. Voir CIRDI, *Joseph Charles Lemire c. Ukraine*, aff. n°ARB/06/18, sentence du 28 mars 2011, disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0454.pdf, consulté le 26 juillet 2022.

[1725] CASTELLARIN (E.), « Les accords relatifs à l'investissement et le droit de la concurrence », *op. cit.,* p. 580.

[1726] Article 8 § 2 de l'Accord portant création de la ZLECAf.

[1727] Il est communément admis que *« la politique de la concurrence permet d'accroître la compétitivité des marchés et veille à ce qu'ils aboutissent aux résultats souhaités en matière de développement ».* Malgré cela, jusqu'à ce jour, seulement 23 pays africains disposent d'une législation relative à la concurrence et d'une autorité chargée de la faire respecter. Voir UNECA, *Vers la mise en place d'une zone d'investissement commune au sein de la zone de libre-échange continentale, op.cit*., p. 183 et 202.

décembre 2004, des règles de concurrence visant à lutter contre les pratiques anti-concurrentielles internationales[1728]. La CAE dispose, elle aussi, d'une loi régionale sur la concurrence datant de 2006[1729]. L'œuvre normative de la CEDEAO en la matière s'est traduite par l'adoption, en 2008, du *l'Acte additionnel A/SA.1/12/08 portant sur les règles communautaires de concurrence et les modalités de leur application*[1730]. Parmi les CER étudiées, seule la SADC ne possède pas une loi régionale sur la concurrence. Pour combler ce vide, ses États membres ont conclu un mémorandum d'accord[1731] en vue de mettre en place une coopération renforcée en matière de concurrence[1732].

L'écosystème réglementaire de la concurrence gagnant en maturité dans la plupart des CER africaines, les autorités régionales devraient, en conséquence, veiller à ce que les cadres juridiques relatifs à la concurrence soient compatibles avec celui de la ZLECAf. Les obligations réglementaires créant des obstacles pour les investisseurs ne doivent pas faire double emploi. Les mesures d'attraction des investisseurs adoptées par les États africains, notamment les exemptions de taxes temporaires et d'autres mesures incitatives ciblées, peuvent se révéler contre-productives si elles sont incompatibles avec le Protocole de la ZLECAf sur la concurrence et si ce dernier entretient des divergences profondes avec le Protocole sur l'investissement[1733].

---

**1728**COMESA, *Règles de concurrence du COMESA*, Décembre 2004, 46 p, disponible sur https://www.comesacompetition.org/wp-content/uploads/2015/04/COMPETITION_RULES_FRENCH_-December_2004.pdf, consulté le 26 juillet 2022. Ces règles seront amendées plus tard et complétées par des principes directeurs en matière de concurrence. Voir SLAUGHTER AND MAY, « COMESA : A Competition Regime for the Common Market for Eastern and Southern Africa », December 2017, 16 p, disponible sur https://www.bowmanslaw.com/wp-content/uploads/2018/01/J409741_COMESA_A-competition-regime_v03-WEB.pdf, consulté le 26 juillet 2022. Visiter aussi le site web du COMESA : https://www.comesacompetition.org/rules-and-guidelines/, consulté le 26 juillet 2022.

**1729** CAE, *The East African Community Competition Act, 2006,* Legal notice N°09/2003, N°2, 7 th september 2007, 29 p, disponible sur https://www.eacompetition.org/laws/category/competition-act, consulté le 26 juillet 2022. Pour une analyse approfondie de cette loi, voir KARANJA-NG'ANG'A (J.), « EAC Competition Law », *in* UGIRASHEBUJA (E.) et al., (eds), *The East African Community Law : Institutional, Substantive and Comparative EU Aspects,* Brill, 2017, pp. 433-453.

**1730** CEDEAO, *Acte additionnel A/SA.1/12/08 portant adoption des règles communautaires de concurrence et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO, 19 décembre 2008,* Journal officiel de la CEDEAO, disponible sur https://www.arcc-erca.org/wp-content/uploads/2020/02/ECOWAS-Competition-Rules.pdf, consulté le 26 juillet 2022. Pour approfondir, voir NGOM (M.), « Intégration régionale et politique de la concurrence dans l'espace CEDEAO », *RIDE,* vol. 25, n°3, 2011, pp. 333-349.

**1731** SADC, *Memorandum of Understanding Amongst Competition Authorities of the Members States of the Southern African Development Community on Cooperation in the Field of Competition Policy, Law and Enforcement*, SADC/CCOPOLC/2016/6, 9 p, disponible sur https://competitioncommission.mu/wp-content/uploads/2019/06/11-MOU_SADC.pdf, consulté le 27 juillet 2022.

**1732** Voir UNECA, *Vers la mise en place d'une zone d'investissement commune au sein de la zone de libre-échange continentale, op.cit*., pp. 189-190.

**1733** *Ibidem,* p. 183 et p. 203.

L'adoption de ces instruments juridiques régionaux, doublée de la mise sur pied d'autorités chargées de réguler la concurrence, met en exergue l'impératif d'harmoniser les règles et politiques de la concurrence sur le continent africain, et de les coordonner soigneusement avec les réglementations relatives aux investissements dans le cadre de la ZLECAf.

### *2. Le procédé pour une bonne interaction normative*

Cité au nombre des paramètres d'attractivité des investissements, le droit de la concurrence exerce une influence non négligeable sur les choix des futurs investisseurs. En revanche, pour que les investisseurs s'installent en toute liciété sur le territoire de l'État d'accueil, ils doivent se plier au droit de la concurrence de l'État[1734]. La convergence du droit de la concurrence et du droit des investissements dans la ZLECAf est une véritable exigence pour les États signataires de l'Accord.

Bien que les affaires touchant aux politiques de la concurrence soient rares en arbitrage d'investissement, les tribunaux arbitraux ne sont pas insensibles aux tensions entre ces deux domaines. En réalité, l'action ou l'omission de l'État d'accueil en sa qualité de régulateur[1735] est de nature à générer des réclamations arbitrales pour violation des droits des investisseurs. Un investisseur insatisfait des mesures prises par l'autorité de concurrence de l'État d'accueil pour remédier aux pratiques anti-concurrentielles a le droit, soit de saisir les juridictions nationales, soit d'engager une procédure arbitrale[1736]. Or, la contestation du droit de la concurrence par un investisseur est susceptible de provoquer une confrontation désordonnée avec le droit des investissements, ce qui pourrait constituer un obstacle à l'exécution des sentences arbitrales et nuire à la sécurité juridique des investisseurs. Cet état de fait ne peut être évité qu'en intégrant dans le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement des clauses de coordination avec le droit de la concurrence en vigueur dans cette zone. Deux approches s'offrent à cet effet.

---

**1734** CASTELLARIN (E.), « Les accords relatifs à l'investissement et le droit de la concurrence », *op. cit.,* p. 580

**1735** En sa qualité de régulateur, l'État intervient d'abord en amont du processus économique pour organiser un marché sensible ou prévenir les atteintes aux lois du marché. Ensuite, il agit au sein du processus économique pour contrôler la structure du marché, son accès ou assurer son bon fonctionnement. Enfin, en aval du processus économique, l'État régulateur organise des sanctions infligées aux opérateurs économiques ayant méconnu les règles de concurrence. Voir NICINSKI (S.), *Droit public des affaires,* Paris, LGDJ, 8 è édition, 2021, p. 42.

**1736**Les secteurs hautement réglementés, notamment le secteur de l'énergie, les postes et télécommunications posent particulièrement ces défis UNECA, *Assessing regional integration in Africa (ARIA IX): Next steps for African Continental Free Trade Area, op.cit*., p. 207.

La première consisterait à inciter les tribunaux arbitraux ou les organes de règlement des différends de la ZLECAf à prendre en compte « plus résolument » le droit de la concurrence. Concrètement, il faudrait exprimer le respect du droit de la concurrence dans le Protocole sur l'investissement, non comme une manifestation de l'État de droit, dont les contours sont difficiles à cerner, mais comme une obligation des investisseurs. Les négociateurs du Protocole sur l'investissement auraient pu y insérer une disposition qui obligerait les investisseurs et leurs investissements à se conformer aux règles et politiques de la concurrence de l'État d'accueil des investissements[1737].

Les États membres de l'UA ont marqué un premier pas en faisant référence au droit de la concurrence dans le PAIC. Contrairement aux TBI qui ne contiennent pratiquement pas de dispositions protégeant le droit de la concurrence, le texte panafricain énonçait que *« [l]es États membres veillent : a) à la promotion, au maintien et à l'encouragement de la concurrence afin d'améliorer l'efficacité économique en matière d'investissement aux niveaux national et régional ; b. à l'interdiction de toute pratique anticoncurrentielle en matière d'investissements, qui empêche, restreint ou fausse la concurrence aux niveaux national et régional ; et c. à l'adoption et la mise en œuvre de règles claires et transparentes sur la concurrence afin d'accroître la capacité de l'économie régionale à attirer des investissements et d'en maximiser les profits »*[1738].

On aurait pu insérer une disposition semblable dans le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement. Une clause considérant le respect des mesures de concurrence de l'État d'accueil comme une obligation de l'investisseur aurait été préférable. Loin d'être un simple rappel conventionnel des normes coutumières découlant du droit de réglementer de l'État d'accueil, pareille clause pourrait donner compétence aux tribunaux arbitraux – si l'arbitrage est prévu – de connaître des violations du droit interne de la concurrence des États membres de la ZLECAf. Au surplus, elle permettrait à l'État d'accueil d'invoquer les pratiques anti-concurrentielles par le truchement d'une demande reconventionnelle. Si la pratique arbitrale en la matière est encore rare, son développement n'est pas pour autant impossible. Un début

---

**1737** Il s'agit d'une disposition très rare dans les accords internationaux d'investissements. Le Modèle de TBI de l'Inde de 2015 fait partie des textes qui font l'exception. En son article 12 § 1, ce texte énonçait que *« Investors and their Investments shall be subject to and comply with the Law of the Host State. This includes, but not limited to, the following : […] (vi) Law of consumer protection and fair competition »*, Cf. *Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty,* document disponible sur https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/model_text_for_the_indian_bilateral_investment_treaty.pdf, consulté le 28 juillet 2022 ; Voir CASTELLARIN (E.), « Les accords relatifs à l'investissement et le droit de la concurrence », *op. cit.,* p. 602.

**1738** Article 28 du PAIC.

encourageant a été observé dans l'affaire *Goetz c. Burundi* malgré le rejet de la demande reconventionnelle introduite par l'État d'accueil[1739].

La deuxième approche en vue d'éviter l'incompatibilité entre le cadre juridique des investissements et celui de la concurrence au sein de la ZLECAf consisterait à limiter explicitement l'effet du Protocole sur l'investissement dans les affaires relatives au droit de la concurrence, d'autant qu'il existe un instrument juridique spécifique en la matière. La tendance ne serait pas d'attendre que des sentences arbitrales soient rendues pour refuser leur mise en exécution au motif qu'elles seraient incompatibles avec le Protocole sur la concurrence. Au contraire, il est question de moduler les effets du droit des investissements *a priori* et de manière générale, non *a posteriori* et au cas par cas. Cette mesure a le mérite de neutraliser les conséquences fâcheuses de la protection des investisseurs en amont[1740]. Cette approche, sans être explicitement évoquée, semble être celle adoptée par les négociateurs du Protocole sur l'investissement lorsque ce texte prévoit qu'*« en cas de conflit entre le présent protocole et d'autres protocoles de l'accord en ce qui concerne les questions spécifiquement régies par les autres protocoles, les dispositions de ces derniers prévalent dans la mesure du conflit »*[1741].

Une forme de réduction des effets d'un accord d'investissement en matière de droit de la concurrence se retrouve dans le CETA. Aux termes de l'article 8.9 § 3 de cet accord, la décision d'une partie de ne pas octroyer, renouveler ou maintenir une subvention ne constitue pas une violation de ses dispositions[1742]. Il aurait été utile qu'une clause similaire, accompagnée d'une insertion du droit de la concurrence dans les dispositions relatives au pouvoir de réglementation, fût introduite dans le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement. Ainsi, le risque que ce texte pourrait comporter en réservant un traitement

---

**1739** Dans l'affaire *Goetz c. Burundi*, l'État défendeur a pu invoquer la concurrence déloyale de l'investisseur à l'égard des autres investisseurs comme cause du préjudice dont il réclamait l'indemnisation. La demande reconventionnelle sera rejetée. Toutefois, cette affaire peut engendrer à l'avenir des demandes reconventionnelles fondées sur la violation du droit de la concurrence. CIRDI, *Antoine Goetz et consorts et SA Affinage des métaux c. République du Burundi*, aff. n°ARB/01/2, sentence du 21 juin 2012, disponible sur https://jusmundi.com/en/document/decision/fr-antoine-goetz-consorts-et-s-a-affinange-des-metaux-c-republic-of-burundi-ii-sentence-thursday-21st-june-2012 , consulté le 28 juillet 2022. Voir CASTELLARIN (E.), « Les accords relatifs à l'investissement et le droit de la concurrence », *op. cit.,* p. 602.

**1740** *Ibidem,* p. 603.

**1741** Traduction personnelle de l'Article 50 du *Protocol to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area on Investment – Draft.*

**1742** L'article 8.9 § 3 du CETA prévoit en substance que *« Il est entendu que la décision d'une Partie de ne pas octroyer, renouveler ou maintenir une subvention : a) en l'absence de tout engagement légal ou contractuel spécifique d'octroyer, renouveler ou maintenir une subvention ou b) conformément aux modalités ou conditions régissant l'octroi, le renouvellement ou le maintien de la subvention, ne constitue pas une violation de la présente section ».*

beaucoup plus favorable à certains investisseurs qu'à d'autres, particulièrement en matière de concurrence, aurait été sensiblement atténué.

Afin de concrétiser le projet de construction d'une zone commune d'investissement au sein de la ZLECAf, un dialogue transversal et permanent doit avoir lieu entre négociateurs africains pour une bonne coordination du Protocole sur l'investissement avec les autres protocoles de la ZLECAf[1743]. La Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique rassure que *« [p]ris séparément ou ensemble, les trois protocoles augurent d'un avenir prometteur pour transformer, harmoniser et simplifier les règles sur le continent, contribuant ainsi à garantir des conditions égales pour tous, ce qui facilitera la tâche des entreprises africaines »*[1744].

[1743]Les droits de propriété intellectuelle et les politiques de la concurrence sont interdépendants et peuvent interagir simultanément. C'est l'exemple du scénario dans lequel l'autorité de la concurrence de l'État d'accueil omet d'empêcher un opérateur économique concurrent d'exploiter les marques ou brevets d'une entreprise sans autorisation de cette dernière. Voir UNECA, *Assessing regional integration in Africa (ARIA IX): Next steps for African Continental Free Trade Area, op. cit*., p. 207.

[1744] UNECA, *Vers la mise en place d'une zone d'investissement commune au sein de la zone de libre-échange continentale, op.cit*., p. 204.

## Conclusion

Eu égard à l'incompatibilité des règles matérielles et procédurales contenues dans les textes juridiques africains relatifs aux investissements, l'avènement de la ZLECAf pourrait recouvrir une vertu réparatrice, à condition que les lois et réglementations d'investissements, en vigueur à tous les niveaux, soient alignées sur son Protocole sur l'investissement. À la concurrence normative qui a longtemps brouillé les repères de l'application des textes législatifs, réglementaires, conventionnels et contractuels d'investissement, doit s'ensuivre une cohérence systémique du cadre juridique continental des investissements. Les États africains sont, pour ce faire, appelés à établir une relation synergétique entre les instruments juridiques d'investissement adoptés à toutes les échelles. L'approfondissement de l'intégration régionale africaine en matière d'investissement nécessite également une coordination réussie du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement et des autres protocoles entretenant des rapports avec cette matière. Les États africains, ainsi que les CER auxquelles ils appartiennent, doivent, par ailleurs, œuvrer à la consolidation de leur architecture institutionnelle.

# Chapitre II.

# Pour l'édification d'un cadre institutionnel continental opérant

Que les États signataires de l'Accord de la ZLECAf s'engagent à résoudre les défis de l'appartenance à une multitude d'organisations régionales ne devrait pas surprendre[1745]. Le succès du processus d'intégration régionale des États en matière d'investissement s'y attache. Il importe d'enrayer définitivement les effets pervers du « buissonnement institutionnel » des relations économiques internationales en Afrique. La préoccupation actuelle des États africains étant de « maximiser la contribution de l'intégration régionale à la réalisation des objectifs du Programme de développement durable à l'horizon 2030 et de l'Agenda 2063 de l'Union africaine »[1746], l'amélioration de leurs institutions tant nationales que communautaires impliquées dans les opérations investissements ne saurait traîner.

« *Phénomène positif qui traduit des solidarités plus étroites qu'au niveau universel* »[1747], le régionalisme, notamment celui qui a émergé sur le continent africain en matière d'investissement, devrait reposer sur une charpente institutionnelle cohérente, et placé à l'abri de dysfonctionnements compromettants. L'on rêve d'un *« régionalisme continental institutionnalisé »*[1748] en matière de réglementation des investissements.

Les relations entre les institutions régionales africaines demeurent brouillées. L'avènement de la ZLECAf pourrait densifier ce brouillage s'il n'est pas recherché une intégration plus poussée entre elles **(Section I).** C'est la construction de la zone commune d'investissement dans le cadre de la ZLECAf qui serait ainsi compromise. En revanche, accompagné d'un renforcement des institutions chargées de la prévention et de la gestion, ainsi que de la résolution des différends relatifs aux investissements, ce processus pourrait être accéléré **(Section II).**

---

[1745] Cf. Article 3 (h) de l'Accord de la ZLECAf.

[1746] CNUCED, *Le développement économique en Afrique : la contribution potentielle de la Zone de libre-échange continental africaine à une croissance inclusive – Aperçu général, op. cit.*, p. 2.

[1747] NGUYEN (Q. D.) et al., *Droit international public*, 8 è éd., 2002, p. 706.

[1748] DJAFALA (K.), *L'intégration juridique des États africains dans le Système Commercial Multilatéral du GATT/OMC,* Thèse de doctorat en Droit public, Université de Lomé, 2021, p. 364.

## SECTION I. L'APPROFONDISSEMENT DE L'INTÉGRATION DES INSTITUTIONS AFRICAINES IMPLIQUÉES DANS LES OPÉRATIONS D'INVESTISSEMENT

Parce qu'elle a l'aptitude de rapprocher voire d'unifier les blocs régionaux africains, l'intégration régionale est impérative en Afrique[1749]. Une intégration approfondie *(deep integration)* plutôt qu'une intégration de surface *(shallow integration)* des CER existantes[1750] ; telle doit être la quête des États africains. Ces derniers sont tenus d'œuvrer constamment à la rationalisation des organisations régionales auxquelles ils sont membres, de manière à esquisser une unité institutionnelle dans la régulation des opérations d'investissement sur le continent **(§1).** Pareille construction institutionnelle, aussi belle qu'elle puisse paraître, serait toutefois inachevée et affectée par une certaine fragilité, en l'absence d'une coopération étroite entre les institutions mises en place pour protéger, faciliter et promouvoir les investissements **(§ 2).**

### § 1. LA QUÊTE D'UNE INTÉGRATION INSTITUTIONNELLE EN VUE DE LA RÉGULATION COMMUNE DES INVESTISSEMENTS À L'ÉCHELLE CONTINENTALE

En 2009, la CNUCED, dans son *Rapport sur le développement économique en Afrique* a indiqué qu'*« il est impératif que les pays africains renforcent leurs liens économiques entre eux dans la foulée d'une intégration économique officielle ou d'une intégration institutionnelle »*[1751]. Dans le souci de créer un marché commun, la réglementation uniforme des investissements doit en conséquence être institutionnalisée. La marque une étape décisive vers une intégration approfondie **(A).** Pour autant, l'UA, qui en est le fer de lance[1752], ne saurait être oisive sous prétexte que le nouvel espace économique suffirait à renforcer l'intégration institutionnelle sur le continent africain. Son action est essentielle

---

**1749** L'intégration régionale *« est, bien souvent, une nécessité et, dans l'état actuel du monde, le seul moyen de répondre efficacement aux défis qui se posent aux États. Nous, Européens sommes bien conscients de cette réalité »*, a déclaré Philippe Darmuzey, alors fonctionnaire à la Direction générale Développement et des Relations avec les États ACP de la Commission européenne. DARMUZEY (Ph.), « Les organisations régionales, piliers de l'intégration politique et économique de l'Afrique : La perspective du partenariat stratégique UE-Afrique », *in* FAU-NOUGARET (M.), *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 103.

**1750** Voir MINET (G.), « Concurrence et cohérence dans l'organisation internationale : une problématique pertinente pour l'intégration régionale ? », *in* FAU-NOUGARET (M.), *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, *op. cit*., pp. 272-273.

**1751** CNUCED, *Renforcer l'intégration économique régionale pour le développement de l'Afrique*, Rapport sur le développement économique en Afrique, Nations Unies, New York-Genève, 2009, p. 110.

**1752** UNECA, *Vers la mise en place d'une zone d'investissement commune au sein de la zone de libre-échange continentale, op.cit*., p. 51.

dans le processus d'intégration économique des États à l'échelle continentale, car l'organisation panafricaine détient une certaine autorité centrale **(B).**

## A. La ZLECAf, potentielle vectrice de l'intégration institutionnelle désirée

Le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement prévoit un cadre institutionnel de régulation des investissements sur le continent africain. La ZLECAf, elle-même, offre un cadre idéal à l'intégration continentale en la matière, pourvu que ses rapports avec les CER et les Zones de libre-échange (ZLE) existantes sur le continent soient harmonieux **(1).** Depuis sa conception et son opérationnalisation, elle est perçue comme un tremplin à la réalisation de l'objectif ultime des États africains en matière d'intégration économique : l'institution de la Communauté économique africaine **(2).**

### *1. La ZLECAf, un cadre idéal à la coordination des actions des CER et de leurs ZLE*

Conçue en vue d'harmoniser les régimes commerciaux établis par les accords de libre-échange (ALE) des CER, la ZLECAf vise à réduire la dépendance économique de l'Afrique et sa « politique de la main tendue » vis-à-vis de l'extérieur[1753]. Les Zones de libre-échange construites par les CER jouent[1754], de ce fait, un rôle majeur dans la politique d'intégration économique des États africains. L'inscription de leurs instruments et arrangements institutionnels, autant que leurs processus décisionnels dans la perspective de la mise en

---

**1753** JALDI (A.), « La Zone de libre-échange continentale africaine : regard juridique », *Policy Brief,* Février 2021, P-B 21/04, p. 1, disponible sur https://www.policycenter.ma/sites/default/files/2022-02/PB-04-21-Jaldi-V-FR%20%281%29.pdf , consulté le 15 décembre 2022.

**1754** Au regard du niveau d'intégration des marchés de ses États membres, le COMESA est considéré comme une Zone le libre-échange (ZLE). Cependant, la Zone de libre-échange tripartite COMESA-SADC-CAE (*Tripartite Free Trade Area*, *TFTA*) reste l'initiative la plus retentissante et la plus récente, lorsqu'il est question de ZLE créées par les CER. Regroupant 26 pays et comptant au total 530 millions d'habitants pour un PIB total de 630 milliards de dollars, soit 58% du PIB du continent, la ZLE tripartite, créée à la suite de la conclusion de l'Accord de Charm el-Cheick (Egypte) le 10 juin 2015. Notons qu'elle trouve son origine dans le 1er Sommet tripartite tenu en Ouganda en 2008. Lire *Agreement Establishing a Tripartite Free Trade Area among the Common Market for Eastern, the East African Community and the Southern African Development Community*, 23 p, https://www.ceja.ch/images/CEJA/DOCS/Bibliotheque/Legislation/Africaine/Textes%20Regionaux/DB/DB1.pdf, consulté le 20 décembre 2022. Pour analyse, voir LUKE (D.), MABUZA (Z.), « La Zone de libre-échange tripartite et la Zone de libre-échange continentale : bien-fondé de la consolidation », *Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique*, 6 p *;* UNECA, *État sur l'intégration régionale en Afrique V : vers une zone de libre-échange continentale africaine, 2012, op. cit.,* p. 28, ONYANGO (Ch.), « Why the COMESA-EAC-SADC Tripartite Free Trade Area Is Ideal for Strengthening African Continental Integration », *Special Report*, COMESA Secretariat, 2020, 8 p ; disponible sur https://www.comesa.int/wp-content/uploads/2020/09/Tripartite-FTA-is-ideal-for-strengthening-AfCFTA.pdf, consulté le 20 décembre 2022 ; INAMA (S.), « Can the Tripartite Free Trade Area (TFTA) deliver Effective Trade Liberalization for economic Growth ? A Practitioner View », Purdue University, May 2014, 34 p, disponible sur https://www.gtap.agecon.purdue.edu/resources/download/7168.pdf, consulté le 21 décembre 2022.

œuvre de la ZLECAf se révèle fondamentale. Dès lors qu'elles passent pour des « piliers » de cette zone de libre-échange continentale nouvellement instituée[1755], les discordances sont à éviter dans leurs relations avec cette dernière.

À l'interprétation des dispositions de l'article susmentionné, un scepticisme a été exprimé précédemment sur la capacité de la ZLECAf à être un facteur de cohérence du régime juridique des investissements ayant cours dans les différentes CER et ZLE. Les négociateurs de l'Accord de la ZLECAf semblent remettre en cause la primauté de ce texte par rapport à « tout autre accord régional »[1756]. En outre, en considérant que la « préservation des acquis » des CER, inscrite à l'article 5 de l'Accord, est l'un des principes régissant la ZLECAf[1757], ceux-ci ne favorisent pas véritablement la transformation rapide de la myriade d'organisations régionales d'intégration économique en un marché commun africain.

Une vision pessimiste des implications de ces dispositions, à supposer qu'elles soient traduites dans les actes, porte à croire que la ZLECAf, étant à ce jour la « benjamine » des organisations d'intégration économique en Afrique, forme une couche supplémentaire aux adhésions déjà superposées des États africains aux CER et aux ZLE. La clause de sauvegarde des législations en vigueur dans les CER lors de la conclusion de l'Accord de la ZLECAf s'apparente à ce que les juristes américains ont pu désigner, de façon imagée, de *« grandfather clause »*[1758], une espèce de clause d'antériorité qui risque de perpétuer la fragmentation des institutions et les divergences dans les réglementations relatives aux investissements en Afrique.

---

**1755** Dans le préambule de l'Accord de la ZLECAf, les États signataires ont reconnu que *« les Zones de libre-échange des Communautés économiques régionales (CER) servent de piliers à la construction de la Zone de libre-échange continentale africaine ».* Lire également l'article 5 de l'Accord. Pour une analyse approfondie, voir AJIBO (C.C.), NWANKWO (C. M.), EKHATOR (E. O.), « Regional Economic Communities as the Building Blocks of the African Continental Free Trade Area Agreement », *Transnational Dispute Management,* Vol 18, Issue 4, June 2021, 16 p ; SEBAHIZI (P.), « Fast-tracking the Continental Free Trade Are : Regional Economic Communities (RECs) as Building Blocks », December 2016, 12 p, disponible sur https://www.tralac.org/news/article/10933-fast-tracking-the-continental-free-trade-area-regional-economic-communities-as-building-blocks.html, consulté le 23 décembre 2022, GUMEDE (V.), « The African Continental Free Trade Area and the Future of Regional Economic Communities », *Journal of Contemporary Studies,* January 2021, 14 p.

**1756** L'article 19 §2 de l'Accord portant création de la ZLECAf dispose que *« les États parties qui sont membres des communautés économiques régionales, d'autres accords commerciaux régionaux et d'autres unions douanières, et qui ont atteint entre eux des niveaux d'intégration régionale plus élevés que ceux prévus par le présent Accord, maintiennent ces niveaux entre eux ».*

**1757** Sur le principe de la « préservation des acquis » des CER, voir ERASMUS (G.), « An Investment Protocol for the AfCFTA », *op. cit*., pp. 17-18.

**1758** DIOMANDE (L.), « L'interaction entre la ZLECAf et les autres organisations d'intégration économique en Afrique : cohérence et rationalité », *op. cit*., p. 83.

À ce propos, pour que la ZLECAf satisfasse les attentes placées en elle, et parce que les implications des articles 5 et 19 de l'Accord semblent mal cernées, une compréhension commune et une interprétation juridique adéquate de ce dispositif normatif peuvent servir de base à la gestion efficace des multiples régimes d'investissement résultant de la coexistence autorisée de la ZLECAf et des CER. Il ne doit nullement s'agir d'une « interprétation de complaisance » par les parties prenantes des CER et les États membres. L'intégration effective des dispositions juridiques de la ZLECAf dans les CER s'impose, après examen préalable de la portée des textes et des mandats des organisations régionales, tout comme leur compatibilité avec l'Accord de la ZLECAf. Quoi de plus normal pour les Secrétariats des CER d'élaborer, pour ce faire, une note interprétative de tous les textes pertinents de la ZLECAf, et de prévoir un cadre juridique opérationnel, ainsi que des modalités de mise en œuvre des dispositions ?[1759].

L'intégration institutionnelle des États africains en matière d'investissement est réalisable. Mais elle exige préalablement une coordination entre les stratégies nationales, régionales et continentales de mise en œuvre des dispositions de tous les instruments juridiques produits par la ZLECAf. L'existence d'une étroite collaboration entre le Secrétariat de la ZLECAf et les CER/ZLE est primordiale. Au lieu de se livrer une concurrence, qui ne peut que se révéler suicidaire, ces institutions gagneraient à être complémentaires[1760]. Dans cette visée, une stratégie vitale serait de créer une interface entre la ZLECAf et les ZLE des CER, dont la gestion amènerait les États africains à concéder une part de leur souveraineté sur les questions relatives aux investissements, et à admettre la primauté des instruments juridiques adoptés par la ZLECAf sur certains aspects de leur droit interne[1761]. Afin qu'elle soit viable, l'interface ZLECAf – CER/ZLE devrait être construite de sorte que les Départements ou Divisions chargés du commerce dans les CER fassent office de Sous-Secrétariats du Secrétariat de la ZLECAf, et qu'il leur soit assigné le rôle de

---

**1759** UNECA, *Governing the Continental Free Trade Agreement Area – Regional Economic Communities Interface,* 2021, p. 95, disponible sur https://repository.uneca.org/handle/10855/46717, consulté le 16 décembre 2022.

**1760** KIBIRU (J.), ONYANGO (Ch.), « Domestication, Compliance, and Enforcement Key to Keeping Momentum of African Continental Free Trade Area (AfCFTA) », COMESA, 2020, p. 4, https://www.comesa.int/wp-content/uploads/2020/09/Keeping-the-AfCFTA-on-Track.docx.pdf , consulté le 20 décembre 2022.

**1761** En matière d'intégration régionale, relevait opportunément Ernst B. Haas, les États cessent d'être pleinement souverains ; ils fusionnent, se fondent et se mélangent volontairement avec leurs voisins au point de perdre les attributs de la souveraineté», HAAS (E.), *« The Study of Regional Integration : Reflections on the Joy and Anguish of Pretheorizing »,* International Organization, Vol. 24, n°4, 1970, p. 610, disponible sur https://www.jstor.org/stable/2706149, consulté le 27 décembre 2022.

coordonner les activités de la ZLECAf et d'intégrer progressivement les CER et leurs ZLE à la ZLECAf[1762].

La mission d'intégration continentale assignée à la ZLECAf convie les CER et leurs ZLE à une gestion capable de surmonter d'autres défis, notamment ceux liés à la faiblesse des institutions, cause majeure de l'insuffisance de coordination des politiques. Combattre l'irresponsabilité institutionnelle ambiante dans les pays africains au niveau national et régional est assurément l'action la plus urgente à entreprendre par les gouvernants[1763]. L'intégration continentale en matière d'investissement sera donc déterminée par la capacité des États membres des différentes CER et les ZLE à engager des réformes structurelles au niveau interne. À cette fin, l'organisation d'un Sommet annuel ZLECAf – CER/ZLE, sous les auspices de l'UA, serait bienvenue pour évaluer les performances des organisations régionales d'intégration économique dans leur contribution à l'édification de la ZLECAf et, à terme, de la Communauté économique africaine (CEA).

## *2. La ZLECAf, un tremplin vers l'instauration de la Communauté économique africaine (CEA)*

L'instauration d'une Communauté économique africaine (CEA) constitue le *terminus* du cheminement des États africains vers l'intégration économique continentale[1764]. Faisant suite au Plan d'action de Lagos de 1980[1765], le Traité d'Abuja adopté le 3 juin 1991[1766] vise à *« coordonner et harmoniser les politiques entre les communautés économiques existantes en vue de la mise en place progressive de la Communauté »*[1767]. Sa finalité étant de *« promouvoir le développement économique, social et culturel, ainsi que l'intégration des économies africaines en vue d'accroître l'autosuffisance économique et favoriser un*

---

**1762** *Ibidem,* p. 118.

**1763** AJIBO (C. C.), NWANKWO (C. M.), EKHATOR (E. O.), « Regional Economic Communities as the Building Blocks of the African Continental Free Trade Area Agreement », *op. cit.*, p. 8.

**1764** Voir MAHIOU (A.), « La Communauté économique africaine », *op. cit.*, pp. 799-800.

**1765** Le Plan d'action de Lagos ou Plan de Lagos a été adopté lors de la session extraordinaire de l'OUA tenu à Lagos (Nigéria) les 28 et 29 avril 1980. Ce texte soutenait l'idée selon laquelle le développement du continent africain ne peut continuer à être un sous-produit automatique du fonctionnement de l'économie mondiale. En conséquence, il fut proposé la création d'une communauté économique continentale, au plus tard en l'an 2000, dont l'objectif serait de favoriser un développement endogène en Afrique. BELHAOUNE-GHERARI (S.), GHERARI (H.), *Les organisations régionales africaines, Recueil de textes et documents*, Paris, La documentation française, 1988, pp. 14-15.

**1766** Signé le 3 juin 1991 et entré en vigueur en mai 1994, le Traité instituant la Communauté économique africaine concrétise l'Article II de la Charte de l'OUA signée en 1963, et constitue la traduction des engagements pris dans le Plan de Lagos de 1980 dans les actes.

**1767** Article 4 § 1 d) du Traité d'Abuja.

*développement endogène et entretenu »*[1768]*,* la CEA servira, à l'avenir, de cadre institutionnel à la réglementation commune des investissements en Afrique.

Enclenché depuis bien longtemps, le processus d'intégration continentale a cependant buté sur des obstacles relatifs à la volonté politique, la qualité des infrastructures, les politiques commerciales et administratives, l'étroitesse des marchés, la pauvreté des marchés de capitaux et l'absence des mécanismes de coordination et d'harmonisation des politiques régionales dans tous les secteurs[1769]. L'établissement de la ZLECAf s'apparente à une réponse directe à la frustration provoquée par les échecs répétés de ce texte à concrétiser une véritable intégration continentale dans les délais impartis[1770].

Nonobstant son absence formelle dans les lignes de ce texte, la ZLECAf apparaît à l'évidence comme l'anti-chambre de la Communauté qu'il entend instituer. Cela se vérifie bien dans certaines étapes que les États africains sont appelés à franchir dans ce processus, à savoir *« a) le renforcement des CER existantes, et la création d'autres là où il n'en existe pas b) la conclusion d'accords en vue d'harmoniser et de coordonner les politiques entre les politiques des communautés sous-régionales et régionales existantes et futures c) la promotion et le renforcement conjoint d'investissement dans la production et la commercialisation des principaux produits et intrants dans le cadre d'une autonomie collective »*[1771]. L'approche contemporaine de l'intégration institutionnelle souhaitée en matière d'investissement trouve, en conséquence, son expression dans la création de la ZLECAf, dont les mandats sont parfaitement alignés sur l'aspiration phare du Traité d'Abuja. Quid des relations institutionnelles *extra se* ?

---

**1768** Article 4 § 1 a) du Traité d'Abuja.

**1769** UA, *Rapport de l'intégration régionale africaine : Vers une Afrique intégrée, prospère et en paix,* Commission de l'UA, Addis-Abeba, 2019, p. 2.

**1770**Selon le Traité d'Abuja, l'intégration devait être parachevée par l'institution de la CEA suivant une approche séquentielle en 6 phases d'une durée de 34 ans (1994-2028). Cf. Article 6 du Traité d'Abuja intitulé *« Modalités de mise en place de la Communauté »*. En ce qui concerne ces phases, certains auteurs faisaient savoir que *« La première, achevée à la fin des années 1990, visait à renforcer les Communautés économiques régionales et à en créer de nouvelles dans les régions qui n'en avaient pas. Une deuxième phase qui est désormais achevée portait sur l'élimination des droits de douane au sein des CER. La troisième phase, en cours, mène à la création dans chaque CER d'une zone de libre-échange ou d'une union douanière. Elle coïncide avec le lancement de la ZLECAf pour éliminer les droits de douane en son sein. Les prochaines phases seront la création d'une union douanière à l'échelle du continent, l'élaboration d'un marché commun africain et enfin l'établissement d'une communauté économique africaine avec une union monétaire et un parlement africain* », GOURDON (J.), OUATTARA (W.), ZAKI (Ch.), « Intégration régionale et Zone de libre-échange continentale africaine : espoir d'une croissance durable pour l'économie africaine ? »,, *in* AGENCE FRANÇAISE DE DEVELOPPEMENT, *L'économie africaine*, Editions La découverte, 2022, p. 69.

**1771** Article 4 § 2 de l'Accord de la ZLECAf.

L'analyse des relations entre la CEA et les CER laisse entrevoir aisément des interactions institutionnelles verticales avec, au pinacle, l'organisation panafricaine qui a reçu pour ordre d'intégrer économiquement le continent[1772]. La matérialisation de l'intégration continentale projetée dans le cadre de la CEA sera tributaire du succès des initiatives d'intégration des CER. Celles-ci en sont les organisations structurelles à l'image de ce qu'elles représentent dans la construction de la ZLECAf. Constituées indépendamment des différents instruments juridiques continentaux, les CER sont invitées à promouvoir la coordination de leurs réglementations et de leurs politiques d'investissement en vue d'éviter le double emploi.

Poursuivant le dessein de rationalisation des relations entre la CEA et les CER, les États africains ont, à juste titre, élaboré le *Protocole sur les relations entre la Communauté économique africaine et les Communautés économiques régionales* en 1998[1773] ; un cadre juridique incitant les CER à établir « un lien ombilical » avec la Communauté en prenant des mesures pour réviser leurs traités et en tissant des liens juridiques avec les textes continentaux adoptés dans tous les domaines[1774]. De plus, si la promotion et la sauvegarde des intérêts de l'Afrique commandent l'engagement des États membres des CER à formuler et à adopter des positions communes dans les négociations internationales[1775], il est évident que les questions relatives aux investissements y figureront en bonne place.

La ZLECAf, quoiqu'adoubée par une armada de protocoles en plus de l'accord l'ayant créée, est pour l'heure loin de rivaliser avec les organisations d'intégration régionale, telles que l'UE, l'ASEAN ou encore le MERCOSUR. Elle trace toutefois une passerelle institutionnelle qui a la capacité de déboucher sur une mise en place future de la CEA, le pendant économique de l'UA.

## B. L'UA, actrice essentielle à l'intégration institutionnelle recherchée

Toute évolution dans le secteur de l'intégration économique régionale *« passe inévitablement par une restructuration du régionalisme économique et la disparition de certaines OI, le renforcement d'autres, l'harmonisation de leur action combinée »*[1776],

[1772] MBENGUE (M. M.), ILLY (O.), « Les interactions institutionnelles dans le régionalisme africain », *op. cit.,* pp. 315-317.
[1773] Adopté à Addis-Abeba en 1998, ce Protocole a été conclu entre la CEA et six CER, à savoir le COMESA, la CEN-SAD, la CEEAC, la CEDEAO, l'IGAD et la SADC.
[1774] Article 5 § 1 du Protocole sur les relations entre la Communauté économique africaine et les Communautés économiques régionales.
[1775] Article 94 Traité d'Abuja.
[1776] DIEZ DE VELASCO VALLEJO (M.), (dir.), *Les organisations internationales*, Paris, Economica, 2002, p. 807.

enseignait le professeur Diez de Velasco. Pour atténuer les effets néfastes de la « polygamie institutionnelle »[1777] patente en Afrique, l'UA devrait endosser la responsabilité de la restructuration des CER existantes **(1).** L'institution panafricaine pourrait les amener à épouser le contenu de son cadre juridique qui, à cet égard, nécessite une maturation plus rapide **(2).**

## *1. La restructuration impérative des CER par l'UA*

De même que les États peuvent dépasser le stade des contacts pour des structures communes, assure le professeur René-Jean Dupuy, les organisations internationales peuvent s'associer en unissant certains de leurs organes[1778]. Cela suppose, bien entendu, une certaine solidarité entre elles, allant au-delà d'une simple communauté de fonction ; une collaboration qui s'étend de la simple consultation à des formes d'intégration plus profondes[1779]. L'UA, dans son Acte constitutif datant de l'an 2000, ficelait déjà le projet d'accélérer l'intégration politique et socio-économique du continent sur fond de coordination et d'harmonisation des politiques entre les CER existantes et futures, aux fins d'une réalisation graduelle des objectifs de l'Union[1780]. Son architecture institutionnelle possède des vertus susceptibles d'accélérer la « continentalisation » en cours du régime des investissements en Afrique, par le biais d'une restructuration des CER. L'entropie de la régulation institutionnelle en Afrique serait ainsi remédiée, au grand bonheur des opérateurs économiques locaux et étrangers.

Abordant l'épineuse question de la coexistence entre les organisations sous-régionales créées dans l'espace ouest-africain, le professeur Komlan Dodzi Kokoroko a pu dégager des pistes pour une restructuration réussie. Pour lui, *« la restructuration institutionnelle passe par deux options : celle « soft » incarnée par la spécialisation et celle « hard » incarnée par la fusion des institutions du paysage de l'intégration ouest-africaine. La première impliquerait une répartition des tâches entre différentes institutions régionales d'intégration […] La deuxième hypothèse répondrait à la logique préconisée par le Traité d'Abuja portant création de la Communauté Économique Africaine. Elle impliquera la fusion des institutions intergouvernementales existantes dans chaque région, de leurs organes de délibération, et*

---

**1777** Cette description métaphorique la multiplication des institutions d'intégration régionale en Afrique est de Philippe Darmuzey. Voir DARMUZEY (Ph.), « Les organisations régionales, piliers de l'intégration politique et économique de l'Afrique : La perspective du partenariat stratégique UE-Afrique », *op. cit.*, p. 106.
**1778** DUPUY (R-J.), *Droit des relations entre organisations internationales*, *RCADI,* Vol. 100, 1960, p. 27.
**1779** *Idem.*
**1780** Lire Article 3 de l'Acte constitutif de l'UA.

*de leurs programmes et projets »*[1781]. On constate sans grande difficulté que la dernière option, celle rigide, se prête davantage à la proposition de création d'une zone commune continentale d'investissement. Au soutien de cette considération, un double argumentaire intervient.

Le premier - le plus expressif - est normatif. Il souligne les efforts entrepris par l'UA dans le souci de faciliter les interactions entre institutions régionales et continentales, en se dotant, en 2007, d'un Protocole régissant ses propres relations avec les CER[1782]. Ce texte n'entrera en vigueur que tardivement[1783]. Entre-temps, faut-il le préciser, l'organisation panafricaine a profité de la nonchalance des CER pour adopter, en février 2020, un *Projet de Protocole révisé sur les relations entre l'Union africaine et les Communautés économiques régionales*[1784]. Il n'empêche qu'au centre des préoccupations desdits instruments, anciens comme nouveaux, logent indistinctement la formalisation, la consolidation et la promotion d'une coopération étroite entre les CER – dans le cadre de leurs relations *intra se* – et entre celles-ci et l'UA – s'agissant de leurs relations *extra se*[1785]. Absorption progressive des CER pour la formation d'une entité continentale – la CEA, en l'occurrence -, c'est ainsi que la restructuration institutionnelle est appréhendée : une option *« hard »* à tout point de vue, tel qu'en porte témoignage la prévision courageuse, par l'UA, des moyens juridiques de contrainte des CER.

En fonction de leurs actions ou omissions consécutives aux engagements mutuels et communs qu'elles ont librement pris[1786], les CER pourront s'exposer aux sanctions de l'UA.

---

[1781] KOKOROKO (K.D.), « La coexistence des organisations sous régionales : limites et perspectives », *in* FAU-NOUGARET (M.), *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, *op.cit.,* p. 204.

[1782] UA, *Protocole sur les relations entre l'Union africaine (UA) et les Communautés économiques régionales (CER),* document disponible sur https://archives.au.int/bitstream/handle/123456789/6439/2007%20July%20Protocol%20with%20the%20RECs%20_F.pdf?sequence=2&isAllowed=y , consulté le 5 janvier 2023.

[1783] Aux termes de l'article 33 § 1 du Protocole sur les relations entre l'UA et les CER de 2007, le Protocole entre en vigueur dès sa signature par le Président de la Commission de l'UA et par les Chefs exécutifs d'au moins trois CER. La dernière CER à avoir signé ce texte est le COMESA, le 4 février 2022, au siège de l'UA à Addis-Abeba. Elle a été précédée par trois CER, à savoir la CEEAC, la CEN-SAD et la SADC. Voir ERASMUS (G.), HARTZENBERG (T.), « How Relevant is the Protocol on the Relations between the RECs and the AU ? », *Tralac Blog,* disponible sur https://www.tralac.org/blog/article/15548-how-relevant-is-the-protocol-on-relations-between-the-recs-and-the-au.html , consulté le 5 janvier 2023.

[1784] UA, *Projet de Protocole révisé sur les relations entre l'Union africaine (UA) et les Communautés économiques régionales (CER)* a été élaboré en février 2020, document disponible sur https://archives.au.int/bitstream/handle/123456789/8792/EX%20CL%201221%20XXXVI%20iii_F.pdf?sequence=3&isAllowed=y, consulté le 5 janvier 2023.

[1785] Cf. Article 3 (a) du Protocole sur les relations entre l'Union africaine (UA) et les Communautés économiques régionales (CER). Cf. Article 3 (a) du Projet de Protocole révisé sur les relations entre l'Union africaine (UA) et les Communautés économiques régionales (CER).

[1786] Cf. Article 4 et 5 du Projet de Protocole révisé sur les relations entre l'UA et les CER.

L'« institution mère » est formelle : *« L'Union peut, par le biais de son principal organe délibérant, et après examen par la réunion mi-année de coordination, prendre des mesures pour faire face à une situation où une partie pratique des politiques, mesures et programmes qui sont incompatibles avec les objectifs du Traité d'Abuja […]. Lorsqu'il est établi que le retard dans la mise en œuvre des politiques, mesures, programmes et activités tels que prévus par les dispositions de l'article 6 du Traité est imputable à des actions ou omissions d'une partie, la Conférence prend des mesures, après consultation avec la partie concernée et adresse des directives à la partie concernée »*[1787]. À l'aune de la vision de l'UA, la disposition n'a rien d'étonnant. Elle pourrait en revanche se révéler détonante par ses implications.

Le second argumentaire - non moins important - est d'ordre structurel, et émane du normatif. Attachant du prix à la coordination et l'harmonisation des activités d'intégration des CER avec celles de la CEA envisagée, l'UA, dans son Projet de protocole de 2020, a construit un cadre institutionnel conjoint pour le suivi des engagements pris par les parties, lequel est composé de structures de coordination, telles que la *Réunion mi-année de coordination, le Comité de coordination* et *le Secrétariat de coordination.* Le Comité de coordination, structure principale chargée de superviser la mise en œuvre du Protocole, comprend le Président de la Commission de l'UA, les Chefs exécutifs des CER, les Directeurs exécutifs des institutions financières de l'Union et le Directeur exécutif de l'ADUA-NEPAD[1788]. Avec des actions concrètes, et innervée par les principes de subsidiarité et de complémentarité chers à l'UA[1789], l'option rigide de la restructuration institutionnelle des CER est en mesure de produire des résultats probants. Mais elle ne constitue qu'une étape à franchir dans l'agenda d'intégration continentale en matière d'investissement. La mobilisation de ressources juridiques supplémentaires pèse sur l'UA.

## 2. *La cristallisation impérieuse du « droit de l'UA »*

*« L'intégration continentale doit être réussie, et pour cela, il faut une institution forte, détenant le pouvoir d'intervenir dans la vie des États membres, lorsque ces derniers, dans*

[1787] Lire Article 21 du Projet de Protocole révisé sur les relations entre l'UA et les CER.
[1788] Cf. Article 6 et suivants du Projet de Protocole révisé sur les relations entre l'UA et les CER.
[1789] Conformément aux articles 3 et 7 du *Projet de Protocole révisé sur les relations entre l'UA et les CER,* doivent caractériser les relations entre les différentes composantes et institutions de l'UA, les CER et les États membres. Sur le NEPAD, voir GNAMOU (D.), « Le NEPAD : cadre institutionnel de l'appui international à la paix et au développement en Afrique », *in* SFDI, *Droit international et développement*, Colloque de Lyon, Paris, Pedone, 2015, pp. 137-153.

*leur fonctionnement, portent atteinte aux principes posés par l'institution continentale »*[1790]. L'UA, par ses atouts organiques et fonctionnels, pourrait valablement arborer ce costume, et adopter vaillamment cette posture. Il reste que l'intégration institutionnelle désirée, fût-elle politique ou économique, procède impérativement de la cristallisation du « droit de l'UA », car l'institutionnel s'alimente du normatif et vice versa.

Camilo Andres Rodríguez-Yong s'est voulu optimiste quant à la capacité de ce droit à donner au système juridique de chaque État membre un fort sentiment de transparence, de cohérence et de prévisibilité, susceptible de générer un environnement de sécurité juridique sur le continent[1791]. Au sens du juriste colombien, *« [b]y using AU law to regulate aspects of interest for foreign investors, it can be possible to limit the power of AU member parties' national authorities to eliminate, modify or affect their rights. Also through AU law, African countries can adopt and harmonize policies, laws and commitments that are attractive for foreign investors »*[1792]. Il en résulte que l'approfondissement de l'intégration continentale africaine dans le domaine des investissements impose un développement préalable du droit de l'UA.

Est-il possible de parler d'un droit de l'UA comme on en ferait du droit de l'UE ? La réponse est évidemment négative. L'émergence d'un droit de l'UA ne peut être niée[1793]. Son ancrage, à l'intensité du droit en vigueur dans l'espace européen, n'est toutefois pas encore atteint. Mais là n'est pas le débat. Le souci est de parvenir à structurer le cadre juridique de l'UA, bien que sa vocation première ne soit pas de se substituer au droit des États membres.

---

**1790** DIOP (P. A.), *La protection internationale des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest : espace CEDEAO, op. cit*., p. 206.

**1791** Selon ses propres termes, Camilo Andres Rodríguez-Yong arguait que *« The implementation and respect of AU law can give to the national legal system of each of the AU members a stronger feeling of stability, transparency, coherence and predictability, generating an environment of legal certainty ».* RODRÍGUEZ YONG (C. A.), « Legal Certainty and Foreign Investment in Africa : Let's Call the African Union », *Revista virtual Via Inveniendi Et Iudicandi,* Vol. 6, n°1, Enero-junio 2011, p. 7, disponible sur https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560258669002, consulté le 11 janvier 2023.

**1792** *Idem.*

**1793** Michèle E. Oliver ne semble pas être du même avis lorsqu'elle déclare que *« Despite African integration being high on the agenda of legal scholars, politicians and bueaucrats, the term 'African Union law' is largely unknown ».* OLIVER (M. E.), « The Role of AU law in Integrating Africa », *South African Journal of International Affairs,* Vol. 22, N°4, 2015, p. 513. En réalité, la publication de quelques ouvrages sur le Droit de l'UA, dont le plus récent écrit en langue française est celui de Blaise Tchikaya, titré *Droit de l'Union africaine : Principes, institutions et jurisprudences,* est insuffisante pour parler d'un « droit de l'UA » au même titre que le « Droit de l'UE ».

Ici, l'UE fait figure de *« gold standard »*[1794]. L'UA devrait la tenir pour modèle[1795]. À l'instar de la construction européenne observée par le professeur Ali Bencheneb, l'édification d'une Afrique pleinement intégrée devrait se fonder sur un ordre juridique panafricain, dont la singularité se déduirait de deux principes fondamentaux : d'un côté, la primauté du droit de l'UA sur le droit de chacun de ses membres, de l'autre, celui de l'effet direct des normes de ce « droit régional » qui permettrait à tout Africain d'invoquer les droits et obligations devant les entités juridiques et judiciaires des différents États membres[1796]. Il s'agira pour l'UA de se servir de ces principes pour asseoir son autorité sur leurs régimes juridiques internes.

Dans cette perspective, une démarche progressiste de l'UA consisterait à migrer définitivement vers le supranationalisme[1797] au détriment de l'interétatisme[1798] qui domine son fonctionnement. Quoique, dans la pratique, ce mouvement semble difficilement réalisable, le professeur Ahadzi-Nonou, fustigeant les velléités souverainistes des États africains, interpelle l'UA à *« se débarrasser urgemment des principes et des objectifs*

---

**1794** En médecine, un « gold standard » est un dispositif ayant été durablement utilisé, et qui permet la comparaison avec d'autres produits. Par extension, les auteurs allemands Börzel et Risse ont estimé que *« The European Union is considered as the 'gold standard' of regional integration. In integration studies, it tends to be the 'conceptual universe »*. Voir BÖRZEL (T. A.), RISSE (Th.), « Diffusing (Inter-) Regionalism : the EU as Model of Regional Integration », Kolleg-Forschergruppe (KFG), Freie Universität Berlin, *Working Paper,* N°7, September 2009, p. 9, disponible sur https://d-nb.info/1192191552/34 , consulté le 22 janvier 2023.

**1795** Selon certains auteurs africains, le succès relatif de l'UE en matière d'intégration régionale accorde du crédit à la nécessité d'évaluer et d'intégrer certains principes fondamentaux développés par cette organisation dans l'ordre juridique de l'UA. Voir AJIBO (C. C.), NWANKWO (C. M.), EKHATOR (E. O.), « Regional Economic Communities as Building Blocks of the African Continental Free Trade Agreement », *op. cit*., p. 10.

**1796** Voir BENCHENEB (A.), « Le droit européen des investissements et le devenir du traitement juste et équitable », *op. cit.,* pp. 91-92. Le principe de l'effet direct a été consacré pour la première fois, le 5 février 1963, par la CJUE, dans l'affaire *Van Gend en Loose c/ Nederlandse Administratie de Belastingen (Affaire 26/62),* disponible sur https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61962CJ0026&from=FR, consulté le 24 janvier 2023. Une année plus tard, précisément le 15 juillet 1964, la même Cour jugea de la primauté du droit de l'UE sur le droit de chacun de ses États, dans l'affaire *Costa c/ ENEL* (Affaire N°6-64.), disponible sur https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=FR, consulté le 24 janvier 2023.

**1797** Le supranationalisme dans la théorie de l'intégration régionale suppose la mise en place d'institutions régionales doté d'un pouvoir autonomie. Ce principe *« est lié à un système de droit régional qui prévaut sur les droits nationaux »*. MBENGUE (M. M.), ILLY (O.), « Les interactions institutionnelles dans le régionalisme africain », *op. cit.,* p. 309. Babatunde Fabayigbo en donne des détails intéressants. Pour lui, le supranationalisme est principe politico-juridique qui incarne, mais sans s'y limiter, à l'autonomie de décision, la force contraignante/obligatoire des normes des organisations internationales, l'autonomie institutionnelle d'une organisation vis-à-vis de ses États membres et la nature contraignante des normes des organisations régionales sur les personnes physiques et morales dans leurs États membres. FAGBAYIBO (B.), « Common Problems Affecting Supranational Attempts in Africa : An Analytical Overview », *Potchesroom Electronomic Law Journal*, Vol. 16, N°1, 2013, p. 33, disponible sur http://www.scielo.org.za/pdf/pelj/v16n1/04.pdf , consulté le 26 janvier 2023.

**1798** L'interétatisme ou « intergouvernementalisme », contrairement au supranationalisme, n'implique pas nécessairement la création d'une organisation régionale. Mais si elle est instituée, ses pouvoirs sont limités. Elle devra se borner à coordonner les politiques nationales et à rassembler les moyens des États membres dans le souci répondre efficacement aux besoins communs. Voir MBENGUE (M. M.), ILLY (O.), « Les interactions institutionnelles dans le régionalisme africain », *op. cit.,* p. 309. Voir aussi FORTEAU (M.), MIRON (A.), PELLET (A.), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 9 è éd., 2022, pp. 89-94.

*interétatiques qui annihilent tout effort d'intégration politique et économique »*[1799]. Le supranationalisme, pierre angulaire de la construction de tout droit à vocation régionale, constitue en effet le *« Saint graal »*[1800], le faîte de l'intégration institutionnelle recherchée.

Si, pour Michèle Oliver, « *EU law is, to some extent, the glue that binds European integration together »*[1801], l'on soutiendra que s'il arrive à maturité, le droit de l'UA - irrigué par ces principes fondamentaux – jouera également un rôle central dans le processus d'intégration continentale en matière d'investissement. La mobilisation de certaines institutions-clés de l'UA est alors déterminante. À lire ses missions et attributions statutaires, rien ne pourrait justifier une hésitation à convoquer la Commission de l'UA pour le Droit International (CUADI) à cette entreprise[1802].

Organe à compétences spécifiques, la CUADI devrait être l'artisan de la maturation rapide du droit de l'Union. *A priori*, elle a pour mission principale d'*« [e]ntreprendre des activités relatives à la codification et au développement progressif du droit international sur le Continent africain, avec un accent particulier sur les lois de l'Union […]»*[1803]. Aux yeux du professeur Blaise Tchicaya, elle apparaît comme la *« Conseillère juridique globale de l'UA »*[1804]. Elle devrait, à ce titre, contribuer à la formation du cadre juridique de l'intégration continentale. Rappelons que la finalité des États qui l'ont créée était d'en faire un recours et une aide à la conception des normes régionales et internationales pour l'intégration dans le continent[1805].

Alors qu'elle mesurait la contribution des pays du Maghreb à l'institution, Madame la professeure Hajer Gueldich a déploré – dans une forme d'autocritique courageuse, puisqu'elle en est actuellement la présidente - le fait que *« le travail rendu par la CUADI reste*

---

**1799** AHADZI-NONOU (K.), « Réflexions critiques sur l'Union africaine », *op. cit.*, p. 103.
**1800** OLIVER (M. E.), « The Role of AU law in Integrating Africa », *op. cit*., p. 514.
**1801** *Ibidem*, p. 513.
**1802** C'est l'idée de mettre en place *« une institution de réflexion et de codification du droit international constituée d'Africains et acquise à la pensée et aux causes africaines »* qui a été à la base de la création de la CUADI. Elle a été officiellement fondée sur les fonts baptismaux en 2009 lors de la 12ème session ordinaire de la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement. Voir TCHIKAYA (B.), « Les orientations doctrinales de la Commission de l'Union Africaine sur le Droit International », *Revue Québéquoise de Droit International,* Vol. 30, N°1, 2017*,* p. 115.
**1803**Article 4 (a) du Statut de la CUADI. Document disponible sur https://au.int/sites/default/files/treaties/36388-treaty-0036_-_statute_of_the_african_union_commission_on_international_law_aucil_f.pdf, consulté le 10 février 2023.
**1804** TCHIKAYA (B.), *Droit de l'Union africaine : principes, institutions et jurisprudences*, *op. cit.* p. 153.
**1805** *Idem.*

*encore très limité et très lent »*[1806]. Or, dans le processus de construction d'une zone commune des investissements en Afrique, cet organe est capable, du moins à en juger par son mandat, d'aider à la production et à l'interprétation des normes[1807]. Il n'est pas douteux qu'en raison de sa relative jeunesse, le bilan de la CUADI est pour l'heure peu réjouissant. L'on reste, toutefois, persuadé que les onze (11) juristes, experts en droit international qui la composent, sauront faire du droit de l'UA la matrice du « droit africain des investissements » en gestation. La coopération des institutions africaines impliquées dans les opérations d'investissement contribuera sans doute à sa conception.

## § 2. LA QUÊTE D'UNE INTÉGRATION INSTITUTIONNELLE EN VUE DE LA PROMOTION, DE LA GARANTIE ET DU FINANCEMENTS DES INVESTISSEMENTS À L'ÉCHELLE CONTINENTALE

*« Intégration n'est pas synonyme de coopération »*[1808], professe Maurice Kamto. Ce dernier ne dément cependant pas que la coopération facilite l'intégration[1809]. Conduisant à *« l'harmonisation ou à la coordination des politiques et comportements, et à la réalisation d'opération collectives ou institutionnelles »*[1810], elle en est un prélude. En vue d'une intégration continentale profonde dans le domaine des investissements, il est souhaitable que soit initiée une coopération à partir des niveaux les plus élémentaires jusqu'à des niveaux de coordination plus élevés. Cela s'applique aux agences de promotion des investissements (API) **(A).** Les institutions de financement des investissements n'en sont pas épargnées. Mieux, il faut envisager leur dynamisation **(B).**

### A. Une coopération institutionnelle prônée en matière de promotion des investissements

Si elles sont loin d'égaler le nombre des textes juridiques relatifs aux investissements, des institutions exclusivement dédiées à la promotion et à la facilitation des investissements

---

[1806] GUELDICH (H.), « Contribution des pays du Maghreb à la Commission de l'Union Africaine pour le Droit International (CUADI) », p. 10, disponible sur https://www.ceja.ch/images/CEJA/articles/droit_de_integration_et_de_union_africaine/Contribution_pays_Maghreb_Commission_Union_africaine_droit_international.pdf, consulté le 10 février 2023.

[1807] PAEZ (L.), « Bilateral Investment Treaties and Regional Investment Regulation in Africa : Towards a Continental Investment Area ? », *op. cit.,* p. 404.

[1808] KAMTO (M.), « La Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale, Une communauté de plus ? », *AFDI,* vol. 33, 1987, p. 859.

[1809] *Idem.*

[1810] GAUTRON (J-C.), « Le fait régional dans la société internationale », *in* SFDI, *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain,* Colloque de Bordeaux, Paris, Pedone, 1977, p. 31. Cité par KAMTO (M.), « La Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale, Une communauté de plus ? », *op. cit*., p. 189.

ne sont pas rares en Afrique. Sur le plan national, naissent de plus en plus d'API. Aussi apparaissent des organismes d'envergure régionale chargés de la même mission. Promouvoir une coopération institutionnelle en la matière suppose une coopération préalable entre organismes nationaux et régionaux **(1),** lesquels doivent entretenir des liens étroits avec l'Agence panafricaine du commerce et de l'investissement de la ZLECAf **(2).**

## *1. La coopération préalable entre les agences nationales et régionales de promotion des investissements*

Qu'elles soient déjà bien établies[1811], en phase d'opérationnalisation[1812] ou à l'étape des discussions[1813], les API font partie des stratégies adoptées par les États africains désireux d'attirer davantage d'investisseurs sur leur territoire. Puissant instrument de séduction des investisseurs, chaque API déploie un ensemble de moyens et d'outils pouvant faire du pays qui l'a instituée une destination de choix des IDE : la construction de l'image, qui recouvre globalement des activités de marketing et les événements organisés dans le cadre des relations publiques, est accompagnée de la prospection et du ciblage des investisseurs. La facilitation, qui participe d'un souci général d'amélioration du climat affaires, elle, n'intervient que lorsqu'un opérateur économique manifeste sa volonté d'investir[1814]. Évaluées individuellement, les API africaines affichent des résultats globalement satisfaisants en termes d'attraction des investisseurs. L'appel à une coopération entre elles découle en réalité du changement de paradigme dans la réglementation des investissements : la « panafricanisation » en cours du régime juridique des investissements exige qu'elles œuvrent collectivement.

Partant, les États membres de la SADC, dès le préambule de l'Accord portant amendement de l'Annexe 1 du PFI, disent reconnaître *« la nécessité de resserrer la coopération régionale parmi les Agences de promotion des investissements de la SADC afin*

---

**1811** Parmi l'abondante liste des API dans les pays africains, on peut énumérer, entre autres, le Centre de Promotion des Investissements en Côte d'Ivoire (CEPICI), Agence de Promotion des Investissements et des Exportations (APIEx) du Bénin, Agence de Promotion des Investissements du Burkina (API-BF), Agence de Promotion des Investissements en Mauritanie (APIM), Nigerian Investment Promotion Commission (NIPC), Ghana Investment Promotion Center (GIPC), Rwanda Developement Board (RDB), Tanzania Investment Centre (TIC), Kenya Investment Authority (KIA), Malawi Investment Promotion Agency (MIPA), etc.

**1812** Exemple de l'Agence de Promotion des Investissements et de la Zone Franche (API-ZF) au Togo.

**1813** La Guinée équatoriale envisage aussi de créer une *Agencia de promoción de inversiones*. Voir https://realequatorialguinea.com/destacado/esguinea-ecuatorial-pretende-crear-una-agencia-de-promocion-de-inversiones/, consulté le 17 février 2023.

**1814** OCDE*, Perspectives des politiques d'investissement au Moyen-Orient et en Afrique du Nord,* Editions OCDE, Paris, 2021, p. 135, disponible sur https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/efcc255a-fr.pdf?expires=1681666732&id=id&accname=guest&checksum=040424B3DC5017C397BD6E0AB0F72439 , consulté le 17 février 2023.

*de conforter l'attrait de la région comme destination des investissements »*[1815]. L'article 27 de leur modèle de TBI, titré *« Cooperation in Promotion of Investment »,* montre qu'ils ont pris la mesure de cette nécessité : *« The States Parties shall cooperate in the promotion of investment by their investors into the territory of the other Party »*[1816].

Les États membres de la CEDEAO ont également saisi l'importance stratégique de l'approfondissement de la coopération régionale. Subséquemment, cette Communauté, déterminée à mettre en place un cadre institutionnel, réglementaire et juridique harmonisé pour atteindre le but ultime de l'intégration économique régionale, à l'aide de son cadre de politique d'investissement adopté en 2007, s'est engagée à *« encourager la collaboration entre les agences nationales de promotion des investissements des États membres pour parvenir à une approche coordonnée à la promotion et à la facilitation des investissements aux niveaux national et régional »*[1817]. La création d'un marché commun d'investissement de la CEDEAO (MCIC) constitue une des stratégies de base de la Commission pour faire de la région une destination préférée des investisseurs de tous bords. Ce qui explique que l'ECOWIC exige l'établissement d'une autorité nationale ou la désignation d'un organisme dans chaque État membre afin d'assurer la liaison avec le Conseil du MCIC[1818].

Le besoin d'une coopération régionale ne faisant plus de doute, l'intention de la rendre effective existe bel et bien au sein de la CAE (Communauté d'Afrique de l'Est). Elle y est d'ailleurs plus avancée que dans les espaces précédemment évoqués. Le Secrétariat de cette CER a en effet donné mandat au *Department of Investment and Private Sector Promotion (I&PSP)* de créer un *Regional Investment Promotion Office,* dont la mission principale serait de promouvoir et de coordonner les initiatives d'investissement dans la région, en partenariat avec les API des États membres. Ces dernières, pour ce faire, sont encouragées à désigner un membre de leur personnel, disposant des compétences nécessaires pour collaborer avec l'Office régional dans les activités relevant de l'intérêt de la Communauté[1819].

---

**1815** Préambule de l'Accord portant amendement de l'Annexe 1 du PFI.

**1816** La suite de cette disposition se lit comme suit: *« Such cooperation may include joint investment promotion events, tours with industrial leaders and investors, technology promotion, and other measures designed to promote investment ».* Article 27 § 1 de la *SADC Model BIT* de 2017.

**1817** Parmi la variété d'actions qu'entend mener la CEDEAO dans le souci de favoriser l'intégration économique de ses États membres, on note la *« coopération régionale mutuellement bénéfique qui crée les conditions favorables aux investisseurs pour les investisseurs d'un État membre dans le territoire des autres États membres ainsi que pour l'IED provenant de l'extérieur du marché commun de la CEDEAO […]* CEDEAO, *Cadre de politique d'investissement (ECOWIP*), p. 11 et s.

**1818** Lire Article 18 de l'ECOWIC.

**1819** CAE, *Institutional Framework*, disponible sur https://www.eac.int/regional-framework/institutional-framework, consulté le 18 février 2023.

À rebours de la SADC, la CEDEAO et la CAE qui, jusqu'à présent, se sont contentées de faire des déclarations d'intention, le COMESA est passé à l'action par le lancement de l'Agence régionale d'investissement du COMESA *(COMESA Regional Investment Agency, COMESA RIA)* en 2006[1820]. Depuis son opérationnalisation, le *COMESA RIA* a été très actif dans la promotion de la région en tant qu'espace commun d'investissement et dans la création d'un réseau d'investisseurs dans la région et auprès du public mondial. Outre ces prouesses, l'Agence régionale s'est employée à renforcer les capacités des API de ses États membres, à organiser des conférences et des tournées d'information sur l'investissement international[1821], et à servir de centre d'information pour les investisseurs à la recherche d'actualités sur la région[1822]. Il est tout à fait légitime de saluer les mérites de cette Communauté qui a pu concrétiser sa volonté de coopération institutionnelle entre ses États membres en matière de promotion des investissements[1823].

En somme, la coopération voulue à l'échelle continentale pourrait être accélérée si la SADC, la CEDEAO et la CAE suivaient l'exemple du COMESA. Comme le prévoit le PAIC, la coopération entre l'UA et les CER en matière d'investissement est primordiale, autant que l'élaboration des programmes d'assistance aux États membres dans la promotion et la facilitation des investissements[1824]. La coordination des actions des institutions nationales et régionales chargées de la promotion des investissements garantirait la fluidité des rapports à un niveau plus élevé. Au préalable, toutefois, une collaboration entre les agences nationales de promotion des investissements est primordiale pour faciliter le fonctionnement des agences régionales, à condition que celles-ci soient mises sur pied dans les CER où elles sont inexistantes. À l'évidence, des relations étroites à la base sont préférables à un réagencement des institutions exécuté à la hâte. Cela engendrerait des

---

**1820** Officiellement lancé en 2006, le *COMESA Regional Investment Agency (COMESA RIA)* est chargé de : promouvoir le COMESA en tant que destination de choix des investissements régionaux et exta-régionaux, promouvoir l'investissement dans les États membres du COMESA, et soutenir les agences nationales de promotion des investissements et les parties prenantes. L'Agence régionale a son siège au Caire en Égypte. COMESA, *Regional Investment Agency.* Site officiel https://comesaria.org/, consulté le 18 février 2023.

**1821** En témoigne la formation portant sur le *« Role of Investment Promotion Agencies in Africa's post-COVID Economic Recovery »* à l'intention des agences nationales des investissements en 2020. COMESA, *Regional Investment Agency Financial Statements*, External Auditor's Report, december 2020, p. 6, disponible sur https://www.comesa.int/wp-content/uploads/2022/10/2.1.3a-RIA-Financial-Statements-ENG.pdf, consulté le 19 février 2023.

**1822** COMESA, *COMESA Regional Investment Agency,* p. 6.

**1823** L'agence régionale d'investissement du COMESA a été nominée *« Top Regional IPA »* par le magazine Site selection en 2020. Aussi a-t-elle été distinguée aux *« The Best to Invest Awards »* pour son professionnalisme et son apport aux agences nationales de promotion des investissements. Voir COMESA, *Regional Investment Agency Financial Statements, op. cit.,* p. 5.

**1824** Lire Article 47 du PAIC.

incertitudes pour les investisseurs[1825]. « Véritables chevilles-ouvrières » du dispositif d'intégration continentale[1826], les CER ont le devoir de faciliter la collaboration entre les API de leur ressort territorial avec l'agence panafricaine envisagée.

### 2. *La coopération incontournable avec la future Agence panafricaine du commerce et de l'investissement*

L'exigüité des marchés nationaux constitue un frein à l'attraction d'un flux important d'investissements sur le territoire de la majorité des pays africains. Disposant d'un plus grand nombre de consommateurs, et donc, d'un pouvoir d'achat plus élevé, les marchés régionaux sont évidemment plus attractifs. Les multinationales et les gestionnaires de fonds, à l'heure d'investir, les préfèrent aux marchés nationaux. Voilà qui confère un caractère particulièrement utile au projet de construction d'une zone commune d'investissement au sein de la ZLECAf. Louis T. Wells, professeur émérite de la Harvard Business School, nous apprend que « *[l]es efforts de marketing peuvent toutefois atteindre les clients et les investisseurs avec des messages qui les encouragent à voir quelque chose de nouveau, quelque chose qu'ils n'auraient pas envisagé autrement. Un bon programme de promotion des investissements est donc essentiel […]* »[1827]. Pour soutenir son propos, il fait usage de d'un adage fort convaincant : *« [b]uild a better mouse trap and the world will beat a path to your door »*[1828]. On comprend bien que les États signataires de l'Accord de la ZLECAf veuillent ériger une Agence panafricaine du commerce et de l'investissement[1829], leur outil « continental » de marketing en matière d'investissement[1830].

---

[1825] OCDE, *Perspectives des politiques d'investissement au Moyen-Orient et en Afrique du Nord, op. cit*. p. 127.

[1826] AHADZI-NONOU (K.), « Réflexions critiques sur l'Union africaine », *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives,* N°1, 2006, p. 91.

[1827] Traduction personnelle. Texte original : *« New products have to be marketed. Similarly, regardless of how good they are, domestic reforms are by themselves not enough to attract large numbers of foreign companies to most economies […] Marketing efforts, however, can reach customers and investors with messages that encourage a look at something new, something they would not otherwise consider. Thus, a good investment promotion program is essential if foreign companies are to learn about a country's attractions as an investment site »*, THE WORLD BANK, *Global Investment Promotion Benchmarking Report : Eyes on COMESA*, 2009, p. 8., disponible sur https://web.worldbank.org/archive/website01553/archived/www.wbginvestmentclimate.org/advisory-services/investment-generation/investment-policy-and-promotion/gipb/upload/Report_COMESA-2.pdf,

[1828] Traduit littéralement, l'adage veut dire « Construisez un meilleur piège à souris et elle se dirigera vers vous », *Idem.*

[1829] La dénomination officielle de l'Agence en anglais est : Pan-African Trade and Investment Agency.

[1830] Signalons que bien avant la proposition de la mise en place d'un organisme de promotion des investissements à l'échelle continentale, les États africains, sous l'impulsion de l'Organisation des Nations Unies pour le Développement Industriel (ONUDI), avaient créé, en 2001, l'*Africa Investment Promotion Agency Network (AfIPANet),* conçu comme *« une plateforme commune pour discuter et concevoir des stratégies de promotion des investissements »*. Conscients que le caractère informel de ce réseau réunissant 38

À la lumière de la vision des États membres ayant pris part aux négociations du Protocole sur l'investissement, l'Agence panafricaine devra assister les agences nationales de promotion des investissements et leurs secteurs privés respectifs. Elle s'emploiera à mobiliser des ressources en encourageant le développement des entreprises et à fournir des services techniques et d'autres formes d'appui pour la promotion et la facilitation de l'investissement[1831]. Sa création n'est toutefois pas une fin en soi. Encore faut-il faciliter sa coopération avec les agences nationales et régionales de promotion des investissements existantes.

Dans cette visée, la facilitation de la coordination, de l'interaction et du dialogue entre les API et les investisseurs dans l'espace ZLECAf relève dorénavant de la responsabilité de l'Agence panafricaine. Il en va de même du renforcement des capacités techniques, managériales et financières des API, de l'appui à la collecte des données statistiques sur les flux des investissements, du soutien des États parties dans la négociation ou la renégociation d'accords, de contrats et d'autres instruments liés aux investissements[1832].

La coordination de la promotion des investissements entre les États membres de la ZLECAf aurait pour avantage de limiter les contradictions entre les aspirations continentales de l'accord de libre-échange et les réalités des États membres, certes. Mais elle s'annonce ardue. S'inspirer des expériences des espaces d'intégration régionale extérieurs au continent africain serait judicieux. À cet effet, le MERCOSUR semble avoir servi de modèle aux États membres de la ZLECAf lorsqu'on porte un regard sur l'exigence de coopération entre les agences de promotion des investissements. Dans son Protocole de coopération et de facilitation des investissements, cette organisation énonce certaines actions concrètes qui méritent que l'on s'y attarde.

---

agences africaines de promotion des investissements ne suffirait pas à se renforcer mutuellement, ses membres ont convenu de la nécessité de formaliser l'initiative afin de disposer un organisme régional africain identifiable en matière de promotion des investissements. Les prémices de la proposition d'une Agence panafricaine du commerce et de l'investissement peuvent s'y trouver. UNIDO, *Africa Investment Promotion Agency Network,* disponible sur https://www.unido.org/our-focus/advancing-economic-competitiveness/investing-technology-and-innovation/investment-and-technology/africa-investment-promotion-agency-network-afripanet, consulté le 20 février 2023. Voir généralement UNIDO, *UNIDO-Africa Investment Promotion Agency Network Inaugural Meeting*, Report, 20-23 November 2001, 24 p. disponible sur https://www.unido.org/sites/default/files/2009-04/UNIDO_Africa_investment_promotion_agency_network_inaugural_meeting_2001_0.pdf, consulté le 23 février 2023.

**1831** Article 42 § 3 du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area – Draft.*

**1832** Article 42 § 4 du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area – Draft.*

Parmi les différentes actions à mener par les États membres du MERCOSUR pour une coopération régionale efficace, il est instructif d'évoquer, *inter alia*, le partage des informations non confidentielles entre les agences ou entités compétentes en matière de promotion des investissements des États parties, l'organisation de manifestations conjointes dans le but d'attirer des investissements extrarégionaux et/ou de faire connaître les opportunités et les avantages réciproques en matière d'investissement ; l'échange, dans la mesure de leurs disponibilités budgétaires et sous réserve de l'approbation des agences ou entités compétentes, de leurs expériences en matière de coopération et d'affaires réciproques[1833].

Une étroite collaboration entre les API nationales et régionales des États membres de la ZLECAf, à travers un échange régulier et fidèle d'informations, d'expériences et de bonnes pratiques, allègera assurément la tâche de l'Agence panafricaine dans son rôle de coordination des politiques de promotion et de facilitation des investissements sur le plan continental. Cela nécessite le développement d'une plateforme numérique pouvant permettre à cet organisme continental de centraliser et de partager aisément les données et les informations des parties prenantes[1834].

L'érection d'une agence du commerce et de l'investissement au sein la ZLECAf est un projet hautement ambitieux. Se convaincre que cet organisme porte les promesses d'une coopération institutionnelle réalisable en matière de promotion des investissements n'a néanmoins rien d'utopique. La garantie et le financement des investissements demandent des efforts similaires entre les institutions qui interviennent dans ces opérations.

## B. Une maturation institutionnelle souhaitée en matière de garantie et de financement des investissements

Disons-le d'entrée : le dynamisme des États africains dans l'institutionnalisation de la promotion des investissements est moins remarquable en matière de garantie et de financement des investissements. Favoriser l'intégration économique continentale consiste, pour l'UA, à tenir ses promesses institutionnelles au sujet du financement des projets d'investissement **(2).** Pour ce qui est de leur garantie, il convient d'encourager une mise en

**1833** Cf. Article 22 du *Protocolo de Cooperación y de Facilitación de inversiones Intra-Mercosur.*

**1834** TAYO (T. T.), « Promouvoir les investissements pour stimuler le marché unique africain », *Institut d'Etudes de Sécurité,* Mars 2023, disponible sur https://issafrica.org/fr/iss-today/promouvoir-les-investissements-pour-stimuler-le-marche-unique-africain, consulté le 3 avril 2023.

place et/ou une consolidation des institutions régionales et panafricaines de riposte à l'insécurité des IDE dans les pays hôtes **(1).**

## *1. L'institutionnalisation embryonnaire de la garantie des investissements à l'échelle régionale et continentale*

L'opération d'IDE, compte tenu du caractère d'extranéité qu'il revêt, suppose toujours une prise de risque. Aux risques classiques commerciaux et financiers inhérents aux activités économiques, vient s'ajouter le risque politique qui est devenu manifestement plus redoutable. Échappant à la volonté et au contrôle de l'investisseur étranger, l'ampleur des sinistres qu'ils entraînent complexifie toute tentative de les assurer dans une société privée. Seule une autorité étatique est alors capable de mieux assurer pareils risques[1835].

La garantie est alors ce mécanisme qui permet de *« transférer à un organisme spécialisé, l'organisme de garantie, les conséquences financières qui résultent pour cet investisseur de la survenance de certains risques, dits risques politiques, par opposition aux risques économiques – qui, pour ces derniers, demeurent à la charge de l'investisseur »*[1836], et fonctionnant sur des fonds publics étatiques ou internationaux. À la différence de l'assurance qui est élaborée sur fonds privés, et qui n'a qu'une logique commerciale et des intérêts purement privés, elle est un mécanisme d'intérêt public de promotion d'une politique nationale d'investissement[1837].

De ce point de vue, on conviendra que dans un contexte régional et continental africain marqué par une instabilité chronique, une insécurité juridique combinée à la fragilité des institutions politiques, la garantie contre ces risques non-commerciaux des IDE constitue la meilleure formule de sécurité. Pratique des pays économiquement avancés pour accompagner les activités de leurs ressortissants à l'étranger[1838], les pays africains paraissent

---

**1835** MOUTIER (A.), « La garantie des investissements français à l'étranger », *in* DAILLIER (P.), de LA PRADELLE (G.), GHERARI (H.), (dir.), *Droit de l'économie internationale, op. cit.,* p. 765. Voir également POULSEN (L. S.), « Political Risk Insurance and Bilateral Investment Treaties », *Columbia FDI Perspectives,* N°27, August 2010, pp. 1-2.

**1836** JUILLARD (P.), CARREAU (D.), *Droit international économique, op. cit*., p. 642.

**1837** Au-delà de ces considérations assurance et garantie sont deux mécanismes qui fonctionnent de la même manière. *« La garantie procure à l'investisseur ce que l'assurance procure au consommateur. Dans les deux cas, la personne cherche une meilleure protection de ses intérêts ».* Il est utile de relever également que certaines compagnies privées d'assurance ont commencé à couvrir les risques politiques. DEME (B. H.), *La garantie internationale des investissements étrangers dans le cadre de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI),* Mémoire de Master 2, Université Jean Moulin Lyon III, 2008-2009, p. 15. Voir également NIANG (A.), « Les systèmes nationaux et international de garantie », *in* DAILLIER (P.), de LA PRADELLE (G.), GHERARI (H.), (dir.), *Droit de l'économie internationale, op. cit.,* p. 699-701.

**1838** Pour les professeurs Juillard et Carreau, *« ce sont les pays exportateurs de capitaux qui sont à l'origine de la création des mécanismes nationaux de garantie des investissements, parce qu'ils trouvaient là un des*

impuissants à l'oser, en raison de leur morosité économique. La rareté des agences nationales ou régionales africaines de cette nature ne devrait donc pas surprendre. Que n'a pas essayé l'AMGI pour que les États africains, parties à la Convention de Séoul, aient la possibilité d'attirer les IDE qui pouvaient leur échapper du fait de la bien triste étiquette de « pays à risque » leur collant à la peau ! [1839] Des solutions locales sont tout de même recherchées.

Sur le plan régional, consécutivement aux réformes du régime juridique des investissements, leur garantie méritait d'être envisagée et institutionnalisée. Dans l'espace ouest-africain, la CEDEAO a adopté, depuis le 17 mai 2012, un projet de création d'une agence multilatérale d'investissement pour ses États membres[1840]. Comme Cheick Lo Fall, nous considérons que *« dans le contexte où la garantie contre les risques constitue la meilleure soupape de sécurité, il est tout à fait souhaitable que les pays d'Afrique de l'ouest se dotent enfin d'un tel instrument sécuritaire et d'attractivité »*[1841]. Il viendrait consolider le système déjà existant.

La CAE et la SADC, elles, ne semblent pas motivées à l'idée de prendre une telle initiative. Elles n'en proposent même pas textuellement. Disposant d'une agence régionale d'investissement, le COMESA avait toutes les cartes en mains pour concevoir un mécanisme d'assurance et de garantie contre les risques courus par les investisseurs dans son espace. Nulle part dans les statuts du *COMESA RIA*, il n'apparaît cette attribution, si ce n'est de garantir un environnement politique et juridique favorable aux IDE. Il n'est toutefois pas

---

*politiques d'expansion économiques dans les pays importateurs de capitaux […] Les pays du sud ont longtemps manifesté leur préférence pour les mécanismes internationaux ».* JUILLARD (Ph.), CARREAU (D.), *Droit international économique, op. cit*., p. 643. Des systèmes de garantie des investissements ont été institués, sur le plan interne, par la majorité des pays exportateurs de capitaux. La garantie en question prend la forme d'un contrat d'assurance conclu entre un organisme de l'État d'origine et l'investisseur, dont le but est de couvrir à long terme certains risques non-commerciaux. Il est utile de préciser qu'il s'agit d'un mécanisme de droit national qui naît et qui se déroule dans l'ordre juridique de l'État d'origine. Toutefois, ses effets et ses prolongements concernent l'ordre international. Parmi les systèmes nationaux de garantie des investissements, mentionnons, entres autres, l'*Overseas Private Investment Corporation* (OPIC) des États-Unis, *The Overseas Investment and Export Guarantees Act* administré par le *Export Credits Guarantees Department (ECGD)* du Royaume-Uni, le *Treuarbeit AG* de l'Allemagne*, l'Office pour la garantie des risques à l'exportation et à l'investissement* de la Suisse. En France, deux organismes semi-publics assurent la garantie des investissements français à l'étranger. Il s'agit de la *Banque française du commerce extérieur (BFCE)*, en ce qui concerne le régime général, et de la *Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur (COFACE)* pour les investissements dits porteurs d'exportations. LAVIEC (J-P.), *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international économique, op. cit.,* p. 215-216.

[1839] Voir SCHAUFELBERGER (P.), *La protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement. Etude de la garantie contre les risques de l'investissement et en particulier de l'Agence multilatérale de garantie des investissements,* Thèse de doctorat en droit, Université de Lausanne, 1993, 623 p.

[1840] DEME (B. H.), « Quelle régionalisation pour le droit des investissements ? », *op. cit.* , p. 392.

[1841] FALL (Ch. L.), *La protection juridique des investissements directs étrangers dans les pays en développement : l'exemple de l'Afrique de l'Ouest*, *op. cit.,* p. 133.

question d'occulter les accomplissements de cette CER – elle demeure la plus avancée en matière de garantie des investissements -, entendu qu'elle s'est montrée préoccupée par la problématique en impulsant la création, par certains États membres, de l'*African Trade Insurance Agency (ATI).*

Instituée en l'an 2000, et opérant au-delà des frontières de l'espace COMESA, cette agence pour l'assurance du commerce en Afrique (ACA) se veut une institution panafricaine visant à transformer « le risque africain » en opportunité par la fourniture d'une assurance contre les risques politiques aux entreprises, aux investisseurs et aux prêteurs désireux de faire des affaires en Afrique. Dans cette droite ligne, elle se propose *« de faciliter, d'encourager et de développer la fourniture ou le soutien de l'assurance, y compris la coassurance, la réassurance, les garanties et autres instruments et services financiers dans le but de promouvoir le commerce, l'investissement et autres activités productives en Afrique »*[1842].

À l'échelon continental, l'Agence panafricaine du commerce et de l'investissement dont l'établissement est proposé par les États africains pourrait servir de cadre institutionnel à des mécanismes et services de garantie des investissements effectués au sein du marché commun de la ZLECAf. Mais elle n'aura pas ce mandat. *« Aider les États parties, leurs agences de promotion des investissements et leurs secteurs privés en mobilisant des ressources financières, en favorisant le développement des entreprises et en fournissant des services techniques et de conseil pour la promotion et la facilitation de l'investissement »*[1843] ; tel est le fondement de la création prochaine de cette institution.

Attentifs à l'évolution de la scène politique et de l'environnement juridique dans les pays où ils souhaitent investir, les opérateurs économiques, à en croire l'ancien commissaire des impôts du Togo, M. Essowavana Adoyi, sont davantage attirés par la stabilité politique et la sécurité juridique qui y prévalent que par les incitations fiscales offertes[1844]. Suivant ce raisonnement, la perception de risque qui pèse sur les États africains exige, à notre sens, la création d'un département chargé de la garantie des investissements au sein de l'Agence panafricaine du commerce et de l'investissement. Cette structure saura combler, peut-on

[1842] Site officiel de l'agence : https://www.ati-aca.org/about-us/who-we-are/, consulté le 17 mars 2023.
[1843] Article 42 § 3 du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area – Draft.*
[1844] Propos tenus au Colloque international sur *La fiscalité des États africains à l'épreuve d'une économie mondialisée et numérisée,* organisé par le Centre de droit public (CDP) de l'Université de Lomé, l'Office Togolais des Recettes (OTR), en partenariat avec le Ministère de l'Économie et des Finances du Togo, 24-25 avril 2023.

espérer, l'insuffisance institutionnelle en la matière au niveau continental. Les flux d'investissement à des fins productives entre les États membres pourraient augmenter et compléter ainsi les activités des banques internationales de développement et, particulièrement, des institutions régionales et continentales de financement des investissements.

### 2. *L'opérationnalisation nécessaire de la Banque africaine d'investissement*

Très tôt aiguillonnée par le désir de disposer d'un marché commun, l'UA, dans son Acte constitutif, a fait la promesse de la création de trois institutions financières panafricaines, à savoir, la Banque centrale africaine (BCA), le Fonds monétaire africain (FMA) et la Banque africaine d'investissement (BAI)[1845]. La première aurait la charge de gérer la politique monétaire et de change en Afrique. La deuxième serait destinée à faciliter l'intégration des économies africaines par une suppression des restrictions commerciales, un financement des déficits, une coopération monétaire plus accrue, une assistance technique, notamment sur les stratégies de réduction de la pauvreté et de l'endettement des États Membres[1846]. Quant à la dernière, dont l'objet nous occupe, il lui est assigné la mission de *« promouvoir les activités d'investissement des secteurs privé et public destinées à faire progresser l'intégration régionale des États membres de l'Union africaine »*[1847].

---

[1845] Cf. Article 19 de l'Acte constitutif de l'UA.

[1846] Des précisions méritent d'être apportées concernant la création de ces institutions. En juillet 2000, consécutivement à l'adoption de la Déclaration de Syrte en septembre 1999, le 36 ème Sommet de l'OUA à Lomé, au Togo, a adopté l'Acte constitutif de l'Union Africaine (UA) par lequel les Chefs d'État et de Gouvernement ont proposé la création de deux institutions financières supplémentaire, notamment le Fond Monétaire Africain (FMA) et la Banque Africaine d'Investissement (BAI). La Banque Centrale Africaine a été déjà prévu à l'article 6 du Traité d'Abuja. Ainsi, l'Article 19 de l'Acte constitutif de la nouvelle union reconnait que ces trois institutions constituent les institutions financières de l'Union africaine dont les règles et règlements de fonctionnement sont définis dans des protocoles y afférents. Par ailleurs, la Commission de l'UA a été chargée par l'Assemblée de l'UA en janvier 2006, à Khartoum, au Soudan, de réaliser une étude sur la faisabilité de la création d'une bourse panafricaine des valeurs (PASE). Dans cette perspective, la BCA, le FMA, la BAI et le PASE sont dénommées les institutions financières panafricaines (IFPA). Relevant de la Commission, ces institutions seront sous l'entière responsabilité du Département des Affaires Économiques qui devra préalablement coordonner les activités devant aboutir à leur création effective. UA, *Les institutions financières panafricaines,* Commission de l'Union, Département des affaires économiques, Avant-propos, décembre 2017, pp. 4-5.

[1847] La BAI a également pour mission de « *ii)utiliser les ressources disponibles pour la mise en œuvre des projets d'investissement contribuant au renforcement du secteur privé et à la modernisation des activités du secteur rural dans les pays africains à faible revenu ; iii) mobiliser les ressources des marchés de capitaux à l'intérieur et à l'extérieur de l'Afrique pour le financement des projets d'investissement dans les pays africains ; fournir l'assistance technique nécessaire dans les pays africains pour l'étude, la préparation, le financement et l'exécution des projets d'investissement ; et entreprendre d'autres activité et services pouvant contribuer à l'accomplissement de son mandat général ».* Traduction personnelle. Lire Article 2 de l'Accord portant création de la Banque africaine d'investissement, Syrte, juillet 2005. Document disponible sur https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/09/9-02/african_investment_bank_agreement.html, consulté le 10 mars 2023.

Pourtant, les progrès de l'UA, s'agissant de la mise en place d'un cadre institutionnel de gouvernance financière de nature à garantir l'intégration économique du continent, sont restés au stade de projets. L'inopérationnalisation de la Banque africaine d'investissement (BAI) a pour conséquence la construction d'une zone commune continentale d'investissement inachevée ; ce qu'il faut éviter vaille que vaille. À ce qu'il paraît, l'UA n'a jamais réfuté cette idée. Fermement convaincus que la réalisation de ses objectifs *« nécessite l'établissement de la Banque africaine d'investissement »*[1848] dans l'optique de *« stimuler l'intégration économique et le développement de l'Union à travers le financement des projets de développement, conformément aux objectifs de l'Union »*[1849], ses États membres, dans la Déclaration de Malabo, adoptée lors du Sommet des Chefs d'État et de Gouvernement tenu en 2014, ont mandaté la Commission de *« rendre rapidement opérationnelle la Banque africaine d'investissement, tel que prévu dans l'Acte constitutif de l'Union africaine*[1850].

L'accélération de la création de la BAI figurait aussi parmi les initiatives du Programme minimum d'intégration (PMI) [1851], un mécanisme de convergence des organisations régionales d'intégration économique qui se concentre sur un certain nombre de domaines prioritaires, dont l'investissement[1852]. Depuis lors, le projet peine à prendre corps. Alors qu'une banque panafricaine d'investissement assurerait l'intégration des institutions à caractère sous-régional ou communautaire opérant dans le même secteur.

Il est intéressant de relever que les CER africaines ont consolidé leur ossature institutionnelle avec des organes de financement des projets d'investissement prometteurs. Intervenant avant même la réalisation de ces projets, ceux-ci se destinent également à accorder aux opérateurs économiques des financements pour la réalisation des opérations

---

**1848** Préambule du Protocole relatif à la Banque africaine d'investissement. Document disponible sur https://au.int/sites/default/files/treaties/36414-treaty-0038_-_protocol_on_the_african_investment_bank_f.pdf, consulté le 10 mars 2023.

**1849** Article 3 du Protocole relatif à la Banque africaine d'Investissement.

**1850** UA, *Déclaration de Malabo sur la croissance et la transformation accélérées de l'agriculture en Afrique pour une prospérité partagée et de meilleures conditions de vie*, 23 -24 juin 2014, Doc. ASSEMBLY/AU/2(XXIII), disponible sur https://www.comesa.int/wp-content/uploads/2020/10/Malabo-Declaration-on-Agriculture-French.pdf, consulté le 10 mars 2023.

**1851** Adopté en 2009 et constituant le chaînon manquant entre le Traité d'Abuja et sa réalisation, le PMI est perçu comme *« un mécanisme de convergence entre les CER, et qui devrait se concentrer sur quelques domaines prioritaires de préoccupation au niveau régional et continental, où les CER peuvent renforcer leur coopération et bénéficier des avantages comparatifs et de bonnes expériences de chacune d'elles dans le domaine de l'intégration ».* UA, *Programme d'intégration minimum (PMI),* Mai 2009, p. 12*,* disponible sur https://au.int/sites/default/files/newsevents/programmes/12571-pg-pmi_final_fr.pdf, consulté le 11 mars 2023.

**1852** Pour une accélération de l'intégration régionale, le PMI a recommandé la mise en place de plateformes régionales et continentales dans le domaine des investissements. *Ibidem*, pp. 34-35.

d'investissement à court et à long terme. Ce sont des banques régionales de développement, de véritables mécanismes d'intégration et de développement socio-économique de leurs États membres[1853] qui peuvent avoir une franche collaboration avec la BAI, au regard de leurs objectifs principalement axés sur l'intégration économique[1854].

Sans pour autant sous-estimer l'apport de la Banque africaine de développement (BAD) à l'harmonisation des règlementations d'investissement et à l'intégration économique à l'échelle continentale[1855], de tels objectifs amènent à déceler en la BAI une force intégratrice inégalable en matière de financement des investissements. Le mandat de cette institution financière panafricaine, qui est de *« favoriser la croissance économique et l'accélération de l'intégration économique en Afrique, conformément aux objectifs généraux à moyen terme*

---

**1853** DEME (B. H.), « La régionalisation du droit international des investissement », *op. cit.,* p. 390.

**1854** À titre d'exemple, la *Eastern and Southern Trade and Development Bank (TDB),* établi par le COMESA en 1985, a pour but de financer et d'encourager le commerce, l'intégration régionale économique et le développement durable. Autrefois dénommée La TDB du COMESA a siège à Bujumbura au Burundi et à Ebene aux îles Maurice. Ouverte également aux États non-membres du COMESA, la TDB compte 23 États membres. Elle dispose de bureaux régionaux à Nairobi (Kenya), Addis-Abeba (Éthiopie), Harare (Zimbabwe) et à Kinshasa (RD Congo). Voir https://www.tdbgroup.org/about-us/, consulté le 5 mars 2023. Bras financier de la CEDEAO, la Banque d'Investissement et de Développement de la CEDEAO (BIDC), qui est issue de la transformation du Fonds de coopération, de compensation et de développement de la CEDEAO créé une décennie plus tôt, entend *« contribuer à la création des conditions susceptibles de favoriser l'émergence d'une Afrique de l'Ouest économiquement forte, industrialisée, prospère et parfaitement intégrée à la fois sur le plan interne et dans le système économique mondial ».* Le siège de la BIDC est établi à Lomé au Togo. Voir https://www.bidc-ebid.org/fr/accueil/presentation/, consulté le 5 mars 2023. Si la SADC ne peut revendiquer aucune institution financière propre à elle – puisque la *Development Bank of Southern Africa (DBSA)* réunissant la quasi-totalité de ses États membres est une propriété de l'État sud-africain -, la CAE, elle, peut se targuer de disposer d'une banque régionale quinquagénaire : la *East African Development Bank (EADB).* Initialement créée en 1967 par la Traité de la défunte Coopération d'Afrique de l'Est, cette institution financière réorganisée en 1980 est cette fois-ci chargée de *« renforcer le développement socio-économique et l'intégration régionale ».* Organe de la CAE, la *East African Development Bank*, grâce à son partenariat avec les autres institutions de la région, a permis de catalyser de l'intégration régionale à travers le financement des projets de développement. La Banque a son siège à Kampala en Ouganda. https://www.eadb.org/about-us/about-us, consulté le 5 mars 2023.

**1855** Fondée en 1964 après la signature de l'Accord du 4 août 1964, la BAD est une institution financière multilatérale de développement. Malgré qu'elle ne soit pas statutairement un organe de l'UA, son dynamisme dans le processus d'intégration régionale des États africains est significatif. Très active, elle a multiplié des initiatives allant dans ce sens. Pour preuve, elle a adopté dès l'an 2000, une politique en matière de coopération économique et d'intégration régionale, Voir BAD, *Politique en matière de coopération économique et d'intégration régionale*, février 2000, 38 p, disponible sur https://www.afdb.org/sites/default/files/documents/policy-documents/10000021-fr-politique-de-cooperation-economique-et-dintegration-regionale.pdf, consulté le 10 mars 2023. Elle dispose un document plus récent en la matière, notamment la politique et stratégie d'intégration régionale (PSIR) 2014-2023, Voir BAD, *Politique et stratégie d'intégration régionale (PSIR) 2014-2023. Intégration de l'Afrique : créer le prochain marché global,* 2015, 74 p. Disponible sur https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Policy-Documents/Strat%C3%A9gie_et_politique_d__int%C3%A9gration_r%C3%A9gionale_SPIR_2014-2023_-_Approuv%C3%A9_-_Rev_1_-_11_2014.pdf , consulté le 10 mars 2023. S'agissant des efforts d'harmonisation des réglementations d'investissement en Afrique, voir AKIN-OLUGBADE (A. A.), « The African Development Bank's Contribution to the Harmonization of Investment laws in Africa and Prospects for Future Harmonization of Such Laws », *Amercican Society of International Law Proceedings*, Vol. 101, 2007, pp. 451-455.

*du Plan stratégique de l'Union africaine »*[1856], corrobore cette appréhension. Comment l'UA peut-elle alors prétendre renforcer la souveraineté de ses États membres ainsi que leur indépendance vis-à-vis des institutions de Brettons Woods[1857], si ces belles architectures institutionnelles annonciatrices d'une intégration économique continentale sont reléguées au musée des archéologies textuelles ? L'intégration européenne offre de précieux précédents et enseignements pour répondre à cette interrogation.

Spécialement créée pour soutenir ce processus, la Banque européenne d'investissement (BEI) est l'une des déclinaisons institutionnelles des mécanismes financiers de l'UE conçus comme une condition à la fois économique et politique pour rendre l'intégration économique efficace et équitable[1858]. Pour en être persuadé, il n'est que d'observer la partition jouée par cette institution dès l'entame du processus d'intégration européenne : le financement d'infrastructures régionales transfrontalières, le soutien apporté aux marchés de capitaux régionaux, de même que l'harmonisation et la coordination des systèmes réglementaires des États membres de l'UE sont entre autres bénéfices que l'opérationnalisation de la BEI a généré.

Tel que l'indique une étude de la CNUCED datant de 2008, *« [e]ach regional integration process differs, but it seems clear that the broadly very successful European experience of financial mechanisms to support trade (and increasingly broader) integration has interesting and important lessons for other regional integration processes, particularly those involving developing countries »*[1859]. Loin d'être une invitation à un mimétisme

---

**1856** Article 1 de l'Accord portant création de la Banque africaine d'investissement.

**1857** UA, *Les institutions financières panafricaines, op.cit.,* p. 5.

**1858** La Banque Européenne a été fondée en vertu du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne, qui entré en vigueur en 1958. Considérée comme l'instrument le plus puissant mis en place par ce traité, cette institution financière des États membres de l'UE *« a pour mission de contribuer, en faisant appel aux marchés des capitaux et à ses ressources propres, au développement équilibré et sans heurt du marché intérieur dans l'intérêt de l'Union. A cette fin, elle facilite, par l'octroi de prêts et de garanties, sans poursuivre de but lucratif, le financement des projets […] »,* Article 130 du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne. La BEI, qui est basée au Luxembourg depuis 1968, noue des partenariats fructueux avec des États africains et des organisations régionales africaines.

**1859** UNCTAD, *Enhancing the Role of Regional Development Banks*, Research Paper for the Intergovernmental Group of Twenty-Four on International Monetary Affairs and Development, July 2008, p. 5, disponible sur https://unctad.org/system/files/official-document/gdsmdpg2420081_en.pdf, consulté le 11 mars 2023. Il y a lieu de souligner que la BEI entretient des rapports privilégiés avec les États africains. Cette institution ne rechigne pas à leur apporter un soutien financier et une assistance technique à leurs projets. Par exemple, en 2020, pour aider les pays africains à parer à l'urgence sanitaire immédiate provoquée par la Covid-19 et à atténuer la pandémie, tout en s'attaquant aux effets économiques de la crise, elle a mis à disposition 5 milliards d'Euros pour de nouveaux investissements privés et publics sur le continent – un engagement annuel record pour la Banque. Voir BEI, *La finance en Afrique : un développement vert, intelligent et inclusif du secteur privé,* Département des analyses économiques, 2021, p. 1, disponible sur https://www.eib.org/attachments/publications/economic_report_finance_in_africa_2021_fr.pdf, consulté le 11 mars 2032.

institutionnel maladroit, il faut admettre que l'expérience de la BEI, en tant qu'instrument d'appui à l'intégration et à la convergence, mérite d'être suivie par les États membres de l'UA.

La BAI, autant que la Banque européenne, est mieux placée pour répondre aux demandes et aux besoins de fourniture de biens publics et de coordination continentale des mécanismes y relatifs. Elle est en mesure de contribuer à combler les lacunes perceptibles dans le financement des projets d'investissement et peut jouer un rôle complémentaire avec les banques régionales de développement existantes. Des institutions d'une efficacité incontestable dans leur fonctionnement ; voilà la requête des défenseurs d'un panafricanisme vertueux en matière d'investissement à l'endroit des États africains. Si elles n'existent pas, il faudra les créer. Si elles sont fébriles, il y aura besoin de les affermir.

## SECTION II. L'ÉTABLISSEMENT ET LE RENFORCEMENT DES INSTITUTIONS DE PRÉVENTION, DE GESTION ET DE RÉSOLUTION DES LITIGES D'INVESTISSEMENT IMPLIQUANT LES ÉTATS AFRICAINS

La persistance des controverses autour du système de règlement des différends entre investisseurs et États a conduit à la recherche de solutions alternatives. Il s'est agi de concevoir des mécanismes spécialisés, chargés de coordonner les parties prenantes impliquées dans d'éventuels différends en matière d'investissement. L'objectif est de désamorcer les tensions entre elles et de traiter les différends potentiels avant même leur survenance[1860]. Aux fins de la construction d'une zone commune d'investissement au sein de la ZLECAf, il serait utile pour les États parties d'envisager de tels mécanismes **(§ 1).** Cet exercice ne les empêchera pas de recourir aux institutions juridictionnelles compétentes, en cas d'échec. L'activation de ces institutions de résolution des différends d'investissement pourrait éventuellement accroître le crédit de confiance accordé par les parties prenantes au mécanisme de RDIE **(§ 2).**

[1860] IISD, « Le pourquoi et le comment des agences de prévention et de gestion des différends en matière d'investissement – partage d'expériences nationales », Webinaire, 25 juin 2021, disponible sur https://www.iisd.org/fr/events/le-pourquoi-et-le-comment-des-agences-de-prevention-et-de-gestion-des-differends-en-matiere, consulté le 25 mars 2023.

## § 1. LA CRÉATION D'INSTITUTIONS DE PRÉVENTION ET DE GESTION DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS

Conçues, soit pour compléter, soit pour substituer le mécanisme de RDIE, les solutions alternatives à la résolution des différends en matière d'investissement sont émises dans des enceintes collégiales. Établir, dans les États membres de la ZLECAf, des organes spécialisés pouvant se consacrer exclusivement à la prévention de litiges d'investissements entre parties prenantes constitue désormais une priorité **(A).** Bien qu'il apparaisse comme une initiative apte à départager les parties prenantes en cas de malentendu sur les textes de la ZLECAf avant la survenance d'un quelconque litige, le centre consultatif de la ZLECAf en matière d'investissement, dont la création est officieusement proposée, soulève encore des questionnements quant à son opportunité **(B).**

### A. La création d'organes nationaux et panafricains de prévention et de gestion des différends d'investissement : une priorité

Des mesures de prévention et de gestion des différends doivent être prises au niveau de tous les États membres de la ZLECAf et, si possible, dans les CER. Celles-ci seront l'œuvre des points focaux nationaux et régionaux préalablement institués à ces différents niveaux **(1).** Elles peuvent aussi émaner des commissions mixtes. La proposition de la mise en place d'un organe similaire à ces dernières, dans le cadre la ZLECAf, a été faite **(2).** Ces mécanismes institutionnels, déjà mis en place par certains États non-Africains, sont aujourd'hui dirigés par ce qu'il est convenu de dénommer « agences de prévention et de gestion des différends en matière d'investissement » (APGDI)[1861].

[1861] Précisons tout de suite que les APGDI sont distinctes des API, à moins que ces dernières aient reçu un mandat qui s'étend aux activités normalement dévolues aux premières. La Corée du Sud fait partie des premiers États à s'y essayer avec succès, en créant la *South Korea's Foreign Investment Ombudsman (OFIO)* en 1999. Le Brésil, inspiré par la Corée du Sud, a institué son *Direct Investments Ombudsman (DIO)* en septembre 2016, suivant ainsi les prescriptions de ses accords de coopération et de facilitation de l'investissement. Le Costa Rica dispose d'une *Comisión Interinstitucional de Solución de Controversias en materia de Comercio e Inversión (CISC*), depuis 2009. Le Pérou a institué un *Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión (SICRECI).* Ce système de coordination et de réponse de l'État dans les différends internationaux relatifs aux investissements, créé en 2006, est souvent cité en exemple en matière de prévention et de gestion des litiges liés aux investissements. Pour Arnaud de Nanteuil, *« la principale innovation de ce système tient à la mise en place d'un coordinateur et d'une commission spéciale destinés à entretenir un dialogue permanent avec les investisseurs étrangers situés sur le territoire péruvien, dans le but de prévenir les litiges et de les administrer en cas de soumission à une juridiction »,* DE NANTEUIL (A.), « Réflexions sur le positionnement des États à l'égard de l'arbitrage d'investissement : de la distinction entre l'opportunité et l'opportunisme », *AFRI,* Vol. XVIII, 2017, p. 494 *;* voir généralement, SICRECI*, Guía de compromisos en los Acuerdos Internacionales de Inversión y Prevención de controversias internacionales de inversión en Perú,* 23 p, disponible sur https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/r_aprendizaje/Guia_prevencion_controversias_inversiones.pdf, consulté le 25 mars 2023.

### 1. *L'institution voulue de Points focaux ou* Ombudsmen *nationaux et régionaux*

Véhiculée par certaines institutions internationales de commerce et de développement, telles que la CNUCED, la Banque mondiale, l'OCDE, la CNUDCI, l'APEC, ou encore l'OMC, la proposition de création des APGDI dans les États d'accueil des investissements a pris de l'ampleur ces dernières années[1862]. Dans les rencontres internationales portant sur la résolution des différends relatifs aux investissements, il est constamment rappelé aux gouvernements l'intérêt de prévoir une série de mesures préventives lors de la conclusion des accords internationaux d'investissement et de libre-échange. Ceux-ci sont incessamment invités à instaurer un dispositif institutionnel en mesure de servir de cadre de sensibilisation, de négociation et de production de politiques visant à empêcher les litiges entre investisseurs et États d'accueil. De l'expérience des États qui ont suivi cet appel, il se dégage une tendance à l'institution systématique des Points focaux ou des *Ombudsmen*. Les États membres de la ZLECAf et des CER ont en réalité tout à gagner à suivre cette tendance.

Procédant par évaluation des suggestions et des réclamations de l'autre partie à l'accord d'investissement ou de ses investisseurs, et par recommandation des mesures d'amélioration de l'environnement des investissements, le Point focal national ou l'*Ombudsman* se charge essentiellement *« d'agir directement pour prévenir les différends et faciliter leur résolution en coordination avec les autorités gouvernementales compétentes, et en collaboration avec les entités privées appropriées »*[1863]. L'exemple topique de ce mécanisme institutionnel innovant, encore rare dans les traités d'investissement, est fourni par les Accords de coopération et de facilitation des investissements (ACFI) du Brésil, qui énoncent clairement

---

**1862** En 2016, la CNUCED a, dans son Menu d'action globale pour la facilitation des investissements, recommandé de *« promouvoir des mécanismes de consultation et un dialogue efficace avec le secteur privé et les parties prenantes à l'investissement […] y compris en vue de prévenir l'émergence de différends relatifs aux investissements ».* CNUCED*, Menu d'action globale pour la facilitation des investissements, op. cit.,* p. 9. La Banque mondiale a développé, en 2019, un outil, notamment *the Systemic Investor Response Mechanism (SIRM), pour « identify, track and resolve, in a timely manner, investor-state grievances that put investment projects at risk of withdrawals anc cancellations ».* THE WORLD BANK, *Retention and Extension of Foreign Direct Investment : Political Risks and Policy Response,* 2019, pp. 27-29, disponible sur https://documents1.worldbank.org/curated/en/387801576142339003/pdf/Political-Risk-and-Policy-Responses.pdf, consulté le 26 mars 2023. Voir aussi THE WORLD BANK, *Managing Investor Issues Through Retention Mechanisms*, 2022, pp. 11-12, disponible sur https://documents1.worldbank.org/curated/en/978811614610086665/pdf/Managing-Investor-Grievances-Through-Retention-Mechanisms.pdf, consulté le 26 mars 2023. L'OMC, dans son Initiative de Déclaration Conjointe sur la facilitation de l'investissement, a proposé l'institution d'un point focal ou d'un *ombudsman.*

**1863** Le mécanisme qui consiste à avoir un Point focal ou un *Ombudsman* tente de combiner deux fonctions différentes en une seule. En effet, la fonction du Point focal est davantage liée à la fourniture d'informations et d'assistance, tandis que celle de l'*Ombudsman* consiste à instruire les plaintes et à tenter de résoudre les conflits. Voir BERNASCONI-OSTERWALDER, BRAUCH (M. D.), *Comparative Commentary to Brazil's Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi*, IISD Policy Analysis*,* September 2015, p. 6.

l'obligation de chaque État Partie de désigner un Point focal national, dont la responsabilité principale sera l'appui aux investisseurs des autres États parties sur son territoire[1864]. La stimulation de l'investissement et l'offre d'une protection juridictionnelle aux investisseurs sont, selon le diplomate brésilien Pedro Paranhos, les principaux bénéfices que les États d'accueil vont en tirer[1865].

Cette approche préventive de résolution des conflits éventuels est souhaitable dans le marché commun africain d'investissement. Dans cette perspective, tel le *Protocolo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR*, le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement devra user de termes clairs et forts pour exiger l'établissement du mécanisme des Points focaux nationaux ou des *Ombudsmen* dans les États Parties à l'Accord. Influencé par les ACFI du Brésil, le MERCOSUR exige la mise en place d'un *Punto Focal Nacional* ou d'un *Ombudsman* dans chaque État membre de la région. Dans cette veine, l'organisation régionale latino-américaine envisage, au titre des responsabilités du Point focal national ou de l'*Ombudsman*, le devoir d'interagir avec les points focaux des autres États parties et l'effort de prévenir les différends, en coordination avec les autorités gouvernementales compétentes[1866].

Si les Points focaux nationaux ou *Ombudsmen* sont institués par les États parties à l'Accord de la ZLECAf, où doivent-ils alors être logés ? La pratique des APGDI montre que si de nombreux États ont décidé de confier à une agence pilote le soin de traiter les plaintes et les différends en matière d'investissement, sa structure varie d'un pays à l'autre. Première hypothèse : la *Lead Agency*, tel qu'on la dénomme officiellement, pourrait être une entité autonome, détachée de l'administration centrale, comme c'est le cas des *Ombudsmen*[1867]. Le modèle sud-coréen, qui est d'ailleurs le plus connu et le plus imité pour son succès, en est une parfaite illustration. Bien qu'abrité par l'Agence coréenne de

---

**1864** Dans une perspective illustrative, l'article 19 de l'ACFI entre le Brésil et le Chili conclu en 2015 dispose que *« 1. Cada Parte designará un unico Punto Focal Nacional, que tendra como principal responsabilidad el apoyo a los inversionistas de la otra Parte en su territorio […] ».*

**1865** IISD, *Transformation du droit des investissements internationaux en faveur du développement durable : stratégie de renégociation, de réforme et de défense, op. cit*., p. 26.

**1866** Aux termes de l'article 18 du *Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur « 1. Cada Estado Parte designará, de acuerdo a lo dispuesto en su ordenamiento juridico interno, un Punto Focal Nacional u 'Ombudsman' tendrá como principal responsabilidad el apoyo a los inversionistas de los otros Estados Partes en su territorio […] 3. El Punto Focal Nacional, entre otras responsabilidades : a) interactuará con los Puntos Focales Nacionales de los otros Estados partes, de conformidad con el presente Protocolo ; […] c) procurará prevenir diferencias en materia de inversiones en coordinación con las autoridades gubernementales competentes… ».*

**1867** UNCITRAL, *Compilation of Best Practices on Investment Disputes Prevention and Mitigation*, Working Group III, March 2023, p. 3, disponible sur https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/wg_iii_compilation_on_dispute_prevention_and_summary.pdf, consulté le 25 mars 2023.

promotion du commerce et de l'investissement (KOTRA)[1868], le *Korea's Office of the Foreign Investment Ombudsman (OFIO),* organe chargé de la prévention des différends d'investissement, est indépendant de cet organisme. Rendant directement et exclusivement compte au Premier ministre, l'*OFIO* est doté d'une grande autorité dans ses rapports avec les autres entités gouvernementales[1869].

Seconde hypothèse : la *Lead Agency* peut faire partie d'une entité existante comme un ministère ou une agence de promotion des investissements. C'est, d'après la CNUDCI, la configuration institutionnelle la plus fréquente, car les API sont, bien entendu, la première porte d'entrée des investisseurs sur un territoire étranger. Elles accompagnent également l'investisseur tout au long de son parcours en lui fournissant des informations, une assistance et des services de défense. L'inclusion de la prévention des différends dans le mandat de l'API constitue par conséquent une extension naturelle de ce mandat[1870].

Sur le fondement de l'analyse précédente, et contrairement à un auteur qui a proposé l'instauration d'un *African Investment Ombudsman (AIO)* au sein de la ZLECAf, à l'instar de l'*OFIO* [1871] – ce qui paraît hâtif et susceptible de générer des conflits de compétences -, nous donnons préférence à l'intégration préalable des Points focaux des États africains dans leurs API nationales ou régionales, avec l'obligation formelle de collaborer entre eux dans le cadre de la ZLECAf. La meilleure coordination des mesures de facilitation des investissements et de celles mises en œuvre pour la prévention des litiges en serait l'avantage immédiat. De plus, les rapports entre les agents publics affectés à ces différentes missions seraient rendus plus étroits et, par conséquent, fructueux. La création d'un *Ombudsman* au sein de la ZLECAf ne devrait pas hanter les États membres, dans la mesure où ils ont proposé

---

**1868** KOTRA, de son acronyme en anglais, signifie *Korea Trade-Invesment Promotion Agency.* Sur cette agence, voir AMBER VAN DER GRAAF (P.), *Foreign Investment Ombudsman – Internationalisation Policy Measure (Korea),* Eurofound, Working Paper, 2018, 14 p ; YOO (Y. Y.), « Korea's Foreign Investment Ombudsman System and Aftercare Services », *UNESCAP,* 11 September 2018, 23 p, disponible sur https://www.unescap.org/sites/default/files/WGI_Presentation_From%20KOTRA.pdf, consulté le 26 mars 2023 ; CHOONG (Y. A.), « Ombudsman Services for Foreign Investors as a Dispute Prevention and FDI Promotion Measures », *APEC, Working Paper*, July 2010, 26 p, disponible sur http://mddb.apec.org/documents/2010/ieg/wksp1/10_ieg_wksp1_012.pdf, consulté le 26 mars 2023.

**1869** Voir BONNITCHA (J.), WILLIAMS (Z. Ph.), *Investment Dispute Prevention and Management Agencies : Towards A More Informed Policy Discussio*n, IISD Report, January 2022, p. 27, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/2021-10/investment-dispute-prevention-management-agencies-policy-discussion.pdf, consulté le 27 mars 2023.

**1870** UNCITRAL, *Compilation of Best Practices on Investment Disputes Prevention and Mitigation, op. cit.,* p. 3.

**1871** Voir NGOBENI (T. L.), *A Critical Analysis of the Security of Foreign Investments in the Southern African Development Community (SADC) Region*, *op. cit*., p. 306.

l'institution d'un organe capable de s'arroger ses compétences : le Comité sur l'investissement.

## 2. *La proposition bienvenue d'un Comité sur l'investissement au sein de la ZLECAf*

Les points focaux ou les *Ombudsmen,* comme relevé ci-dessus*,* ne constituent pas les seuls mécanismes de prévention et de gestion des différends d'investissement. Parallèlement à ces organes ou exclusivement, certains accords internationaux d'investissement choisissent d'instituer des comités ou commissions mixtes[1872]. Établis par les États parties à un traité d'investissement, ils sont présentés comme un moyen de promouvoir l'échange régulier d'informations en vue de prévenir les différends et, si un différend survient malgré tout, de mettre en œuvre un mécanisme de règlement des différends fondé sur la consultation, la négociation et la médiation. C'est, à vrai dire, un mécanisme de coopération interétatique de prévention et de gestion des différends relatifs aux investissements ; un organe intergouvernemental qui peut être appuyé dans ses tâches par un secrétariat[1873].

Dans le contexte de la ZLECAf, la réduction de l'occurrence des différends entre investisseurs et États semble avoir occupé l'esprit des négociateurs de l'Accord portant création de cet espace économique, et de ses différends protocoles. Car, suivant l'article 11 de cet accord qui dispose que *« [l]e Conseil des ministres de la ZLECAf, composé des ministres africains en charge du commerce, ou d'autres ministres, autorités ou fonctionnaires dûment désignés par les États parties, dans le cadre de son mandat, […] (f) institue des comités, groupes de travail ou groupes d'experts* ad hoc *ou permanents et leur délègue des responsabilités […]* »[1874] ; un Comité sur l'investissement est envisagé dans les prochaines années au sein de la ZLECAf[1875]. C'est à juste titre que les États parties à

---

[1872] Le mécanisme des comités ou commissions mixtes n'est pas pleinement une nouveauté. Il se pratiquait depuis 1794 à la faveur du traité de Jay signé entre les États-Unis et le Royaume-Uni, avant de se développer et de subir des aménagements qui ont débouché sur la naissance de l'arbitrage international. Voir DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, *op.cit.*, pp. 24-28. Il convient de relever que des initiatives, combinant des points focaux et les comités mixtes, ont été mis en œuvre dans certains traités d'investissement. La meilleure illustration de cette méthode de prévention des différends est offerte par le Brésil dans ses ACFI. Voir par exemple, HEES (F.), CAVALCANTE (P. M.), PARANHOS (P.), « The Cooperation and Facilitation Investment Agreement (ACFI) in the Context of the Discussions on the Reform of the ISDS System », *Investment Policy Brief*, South Centre, N°11, May 2018, 5 p.

[1873] UNCITRAL, *Possible Reform of Investor-State Dispute settlement (ISDS) – Dispute Prevention and Mitigation – Means of Alternative Disputes Resolution,* Working Group III 39th Session, New-York, 30 March -3 April 2020, p. 7.

[1874] Article 11 de l'Accord portant création de la ZLECAf.

[1875] Article 41 du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area – Draft.*

l'accord ont prévu cet organe, puisque les gouvernements marocain, sud-africain et brésilien, dans leurs propositions au Groupe de travail III de la CNUDCI pour la réforme mécanisme du RDIE, font référence aux comités mixtes comme des canaux de communication entre les parties aux accords internationaux d'investissement pour empêcher la survenance des différends entre investisseurs par l'organisation[1876].

Toutefois, on constate avec regret que le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement ne charge pas expressément le Comité sur l'investissement de prévenir et de gérer les différends d'investissement. Il s'est borné à prévoir que cet organe devra s'acquitter des fonctions qui lui seront confiées par le Conseil des ministres en vue de faciliter la mise en œuvre du Protocole et la concrétisation de ses objectifs et que, pour ce faire, il sera habilité à établir des sous-comités et des groupes de travail qu'il jugera nécessaires à son fonctionnement[1877]. Quelles seront alors les fonctions de ces organes subsidiaires ? Une inquiétude s'installe, alors qu'elle aurait pu être évitée par l'usage d'un langage plus précis.

Pour avoir implicitement exigé l'établissement de Points focaux nationaux dans les États membres dans le but de garantir leur collaboration avec le Comité sur l'investissement, les négociateurs du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement ont posé un acte appréciable. Cette exigence est bien précieuse, en ceci qu'elle assurerait la transparence et l'acheminement des informations des États membres de la ZLECAf au Comité sur l'investissement ![1878] En revanche, l'idéal aurait été de faire de cet organe une réelle agence de prévention et de gestion des différends d'investissement par la prévision, dans une disposition supplémentaire, de sa structure juridique.

On aurait souhaité que les négociateurs du futur Protocole sur l'investissement y intégrassent les responsabilités du comité sur l'investissement de rappeler les obligations des parties prenantes, de créer un système d'alerte pour les prévenir, de centraliser les

---

[1876] Voir *Submission from the Government of Morocco* (A/CN.9/WG.III/WP.161), disponible sur https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp184e_for_submission.pdf, consulté le 27 mars 2023 ; *Submission from the Government of Brazil* (A/CN.9/WG.III/WP.171), https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/045/74/PDF/V1904574.pdf?OpenElement, consulté le 27 mars 2023. *Submission from the Government of South Africa* (A/CN.9/WG.III/WP.176), disponible sur https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/176-e_submission_south_africa.pdf, consulté le 27 mars 2023.

[1877] L'Article 41 du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area – Draft* dispose : *« 1. The Committee on Investment as established in accordance with Article 11 of the AfCFTA Agreement ('The Committee'), shall carry out such functions as assigned to it by the Council of Ministers to facilitate the implementation of this Protocol and further its objectives. 2. The Committee may establish such sub-committees and working groups as it considers necessary for the effective discharge of its functions with approval of the Council of Ministers ».*

[1878] Cf. Article 9 du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area – Draft.*

informations sur les éventuels différends, d'assurer une meilleure coordination des procédures suivies par les entités publiques engagées dans un même différend. Amener explicitement les parties à l'Accord de la ZLECAf à discuter des griefs et de se consulter sur les différends d'investissement au sein de ce comité aurait été opportun.

Fonctionnant de manière réactive, sur la base d'une demande du gouvernement de l'une ou l'autre des parties au traité, les comités mixtes sont actuellement présentés par plusieurs experts comme *« jouant un rôle essentiel dans la gestion précoce des plaintes avant qu'elles ne dégénèrent en différend »*[1879]. Alejandro Carballo Leyda rassure que *« [i]f properly used, these committees can be an extraordinary tool for conflict prevention »*[1880]. Étant donné l'importance prise par ces mécanismes, les négociateurs du Protocole auraient pu clarifier les missions du Comité sur l'investissement. L'emphase sur la prévention des différends plutôt que sur leur résolution est, sans nul doute, l'approche la plus efficace de la réforme du mécanisme de RDIE. C'est une avenue sûre pour parvenir à un climat des affaires sain et propice à la l'attraction, l'extension et la rétention des investissements en Afrique. Ne dit-on pas de manière triviale que *« mieux vaut prévenir que guérir »* ? Peut-être que l'intention, encore latente, de création d'un centre consultatif de la ZLECAf sur le droit international des investissements y trouvera sa justification.

## B. Le projet de création d'un centre consultatif de la ZLECAf sur le droit international des investissements : une opportunité ?

*« Une institution comparable au Centre consultatif sur la législation de l'OMC pourrait jouer un rôle fondamental dans le renforcement des capacités des juristes dans le cadre de la Zone de libre-échange continentale africaine et pourrait aider les États qui n'ont pas des ressources suffisantes à participer au règlement des différends relevant de l'Accord »*[1881], estime la CNUCED. Devrait-on en déduire que l'érection d'un centre consultatif sur le droit international des investissements – institution distincte des APGD - s'impose à la ZLECAf ? À la vérité, cela ne relève pas de l'urgence. L'existence d'un projet de création d'un centre multilatéral en la matière **(1)** et la possibilité d'extension des compétences de l'Agence panafricaine du commerce et de l'investissement justifient cette position **(2)**.

---

**1879** Traduction personnelle. Voir UNCITRAL, *Possible Reform of Investor-State Dispute settlement (ISDS) – Dispute Prevention and Mitigation – Means of Alternative Disputes Resolution, op. cit.*, p. 7.
**1880** CARBALLO LEYDA (A.), « Preventing and Managing Investor-State Conflicts and Disputes in the Energy Sector », *University of St. Thomas Law Journal*, Vol. 17, N°2, April 2021, p. 468.
**1881** CNUCED, *Rapport sur le développement économique en Afrique*, *op. cit.*, p. 183.

### 1. *L'établissement probable d'un centre consultatif « multilatéral » sur le droit international des investissements : un facteur dissuasif*

Si l'idée d'établir un Centre consultatif multilatéral sur le droit international des investissements a germé chez certains auteurs[1882], c'est au sein du Groupe de travail III de la CNUDCI sur la réforme du mécanisme de RDIE qu'elle a véritablement mûri. L'objectif est tout simple : aider les États à mieux comprendre, gérer et contrôler le régime international des investissements. Cela consiste notamment pour le Centre à mener des actions orientées vers la prévention des différends d'investissement et à contribuer à un traitement efficace des litiges survenus afin de réduire les coûts qui y sont associés. L'étude des services offerts par le Centre révèle que les pays africains en profiteront énormément.

Au titre de ses futures responsabilités, le Centre devrait assister les États demandeurs à relever l'ensemble des défis liés au régime international des investissements en rendant des services qu'il est loisible pour Karl P. Sauvant de classer dans trois catégories. En premier lieu, cette assistance pourrait être orientée vers la prévention des conflits, notamment par une aide à la rédaction des AII, des contrats d'investissement et des lois nationales sur l'investissement[1883]. Deuxièmement, l'assistance à apporter aux États se manifeste par la gestion des différends dans lesquels ils sont impliqués. En cas de survenance d'un litige, ceux-ci, assistés par le Centre, sauront le résoudre localement au lieu d'attendre un traitement

---

**1882** Voir par exemple GOTTWALD (E.), « Leveling the Playing Field : It Is Time for a Legal Assistance Center for Developing Nations in Investment Treaty Arbitration », *American University International Law Review,* Vol. 22, N°2, 2007, pp. 237-275 ; ALISHER (U.), « The Case for an Advisory Center on International Investment Law », *Columbia FDI Perspectives*, N°175, June 6, 2016, 3 p, disponible sur https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D8445MNH, consulté le 29 mars 2023.

**1883** On le sait, la rédaction imprécise de ces instruments juridiques et leur mise en œuvre insuffisante sont génératrices de différends entre les parties, et dégénèrent en des sentences arbitrales à coûts insupportables pour les États d'accueil. Aider à résoudre ce problème de manière à éviter les incompréhensions entre les investisseurs étrangers et les États d'accueil est donc d'une importance capitale. Toutefois, les auteurs sont divisés sur la question de l'assistance du Centre aux États dans l'élaboration des textes relatifs aux investissements. Pour les uns, afin de garantir l'impartialité et la neutralité du Centre, il ne devrait pas être impliqué dans la négociation et la rédaction des traités d'investissements. Voir SCHWIEDER (R. W.), « Lessons for a Future Advisory Center on International Investment Law », *Columbia FDI Perspectives*, N°241, December 2018, disponible sur https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/No-241-Schwieder-FINAL.pdf, consulté le 29 mars 2023. Pour les autres, le mandat du Centre doit être étendu à l'assistance des pays en développement dans la négociation des AII et des contrats d'État. Voir SAUVANT (K. P.) ORTINO (F.), *Improving the International Investment Law and Policy Regime : Options for the Future,* King's College London Law School, Research Paper N°2017-10, pp. 74-80, disponible sur http://wordpress.ei.columbia.edu/vcc/files/2014/03/Improving-The-International-Investment-Law-and-Policy-Regime-Options-for-the-Future-Sept-2013.pdf, consulté le 29 mars 2023.

à l'international. Enfin, lorsque les différends dépassent la sphère nationale, leur gestion par les États défendeurs devrait s'opérer avec l'appui du Centre[1884].

À ce stade, les États africains ont souvent fait montre d'un amateurisme entraînant parfois des conséquences désastreuses. La gestion calamiteuse de l'affaire *Oded Besserglik c. République de Mozambique* en est une preuve récente[1885]. Une préparation effective pour une défense adéquate commence dès la phase des notifications formelles du litige jusqu'à la procédure arbitrale proprement dite. À ces différentes étapes, les États demandeurs pourront compter sur le soutien du Centre consultatif multilatéral sur le droit international des investissements.

En partant de la base que les gouvernements sollicitant l'aide du Centre ne peuvent être que les pays aux ressources financières limitées et les économies en transition, les principaux bénéficiaires des services dudit centre, s'il est créé sur le modèle du Centre consultatif sur la législation de l'OMC tel qu'annoncé[1886], seront les pays en voie de développement et les pays les moins avancés (PMA) composés en majorité de pays africains[1887]. Ces derniers, on le sait, ne disposent pas de ressources humaines suffisantes pour traiter efficacement les complexes questions du droit international des investissements, et peinent à allouer les ressources financières nécessaires pour s'attacher les services des cabinets d'avocats

---

**1884** SAUVANT (K. P.), « An Advisory Centre on International Investment Law : Key Features », *Academic Forum on ISDS,* Concept Paper 2019/14, Version 2, September 2019, p. 5.

**1885** Dans cette affaire portée devant le CIRDI, il a fallu cinq années et des millions de dollars pour que le tribunal arbitral se déclare finalement incompétente au motif que le TBI Mozambique – Afrique du Sud, duquel est né le litige, n'est jamais entré en vigueur. Voir CIRDI, Affaire *Oded Besserglik c. République de Mozambique*, N°ARB(AF)/14/2, 28 octobre 2019, disponible sur https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10925.pdf, consulté le 1 avril 2023. Voir HERRERA Q (J-C.), « Oded Besserglik v Mozambique : The BIT Was Not in Force : Who's To Blame ? Kluwer Arbitration blog, january 6, 2020, disponible sur https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/06/oded-besserglik-v-mozambique-the-bit-was-not-in-force-whos-to-blame/, consulté le 1 avril 2023 ; BOHMER (L.), « Analysis : In Besserglik v. Mozambique, Arbitrators Found Insufficient Evidence that the Mozambique – South Africa BIT ever Entered into Force », *Investment Arbitration Reporter,* November 19, 2019, disponible sur https://www.iareporter.com/articles/analysis-in-besserglik-v-mozambique-arbitrators-found-insufficient-evidence-that-the-mozambique-south-africa-bit-ever-entered-into-force/, consulté le 1 avril 2023.

**1886** Pour une analyse approfondie du modèle de l'OMC mis en perspective avec le Centre consultatif sur le droit international des investissements proposé au sein de la CNUDCI, Voir SCHWIEDER (R. W.), « Legal Aid and Investment Treaty Disputes : Lessons Learned from the Advisory Centre on the WTO Law and Investment Expériences », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 19, 2018, pp. 628-666.

**1887** Il importe toutefois de relever que dans ses travaux portant sur le projet de création d'un centre consultatif, le Groupe de travail III de la CNUDCI a dressé une liste plus longue des possibles bénéficiaires des services dudit centre. Cette liste fera l'objet d'examen dans les prochains travaux des négociateurs. Voir CNUDCI, *Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) : Centre consultati*f, Note du Secrétatriat, New-York, 14-18 février 2022, pp. 15-16.

spécialisés[1888]. Dans ces circonstances, il est évident qu'ils considèrent ce centre comme une véritable aubaine.

À ces différents égards, l'on est en droit de considérer que les avantages en passe d'être réservés à l'Afrique dans la structure et les activités du Centre multilatéral projeté sont susceptibles de décourager ou de retarder toute proposition de création d'un centre aux finalités similaires au sein de la ZLECAf. Que l'on n'en soit pas surpris : s'il venait à être établi, le Centre consultatif multilatéral sur le droit international des investissements peut être convoqué en amont et durant la procédure de résolution des différends soulevés par des textes d'investissement impliquant les États africains.

Proposer la création d'un Centre de la ZLECAf sur le droit international des investissements pendant qu'un centre multilatéral de même objet est en bonne voie d'être érigée paraît inopportun. La future agence panafricaine du commerce et l'investissement pourra valablement remplir ce rôle.

### 2. *L'élargissement possible des compétences de l'Agence du commerce et de l'investissement : une mesure palliative*

Créer un Centre consultatif sur le droit international des investissements au sein de la ZLECAf n'est pas une mauvaise idée en soi. Dans certaines parties du monde, la question du coût élevé de la défense des dossiers de RDIE a littéralement poussé des organisations à vocation régionale à songer à des centres de cette nature. Mais c'est vainement qu'elles ont essayé de créer des centres consultatifs sur le droit international des investissements : les projets ont tous échoué[1889]. Des expériences infructueuses qui font douter d'un succès

---

**1888** SAUVANT (K. P.), « An Advisory Centre on International Investment Law: Key Features », *op. cit.,* p. 5.

**1889** Soutenus par la CNUCED, la Banque interaméricaine de développement (BID) et de l'Organisation des États américains (OEA) et assistés par la *Vale Columbia Center on Sustainable Development,* certains pays sud-américains avaient pris l'initiative d'établir un centre consultatif régional sur le droit des investissements. Un projet de traité constitutif en est résulté, et devait être accompagné d'une signature ministérielle dans la deuxième semaine du mois de février 2010. Cependant, il n'a pas été suivi d'effet. Toujours en Amérique du Sud, à la suite de l'abandon du Projet CNUCED-IABD-OAS-VCC, les Chefs d'État de l'Union des nations sud-américaines (UNASUR) ont défini un plan d'action comprenant l'adoption des règles d'arbitrage, et l'établissement d'une Cour d'investissement et d'un centre consultatif sur le droit de l'investissement. La CNUCED a été invitée à apporter son expertise au groupe de travail. Toutefois, le *Southern Observatory on Investment and Transnational Corporations* envisagé à l'aube des années 2010 par l'UNASUR n'a jamais vu le jour. Hors de la région latino-américaine, en 2012 précisément, la création d'un centre consultatif a été proposée par le Viêt-Nam à l'Australie, la Nouvelle-Zélande et l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN). Toutefois, par faute de soutien politique suffisant, le Projet de l'ANZ-ASEAN n'a pas pu être concrétisé. Voir JOHNSON (L.), GÜVEN (B.), *Securing Adequate Legal Defense in Proceedings under International Investment Agreements : A Scoping Study*, Columbia Centre on Sustainable Investment, November 2019, p. 45-46, disponible sur https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1069&context=sustainable_investment_staf

africain. Malgré tout, si la volonté de la ZLECAf est de disposer d'une institution de cette nature, il n'est pas besoin d'en créer une. L'Agence panafricaine du commerce et de l'investissement proposée par les négociateurs du Protocole sur l'investissement nous semble suffisante. Reste à lui doter des compétences nécessaires.

Ainsi, comme palliatif à l'absence d'un centre consultatif propre à la ZLECAf, l'idéal pour les États membres de cet espace commercial serait d'envisager la mise en place d'une division des services consultatifs rattachée à la future agence panafricaine du commerce et l'investissement. Il s'agira de créer un « pool » de juristes spécialisés en droit international des investissements chargés de fournir une assistance technique aux États membres en la matière. La ZLECAf devrait en conséquence favoriser le recrutement d'une équipe de juristes de haut niveau travaillant exclusivement pour cette division[1890]. Cela réduirait les taux horaires et les coûts pour les États membres qui seraient obligés de s'attacher les services des cabinets d'avocats.

À défaut d'un centre consultatif en bonne et due forme, la création d'une division des services consultatifs au sein de la future agence panafricaine pour le commerce et l'investissement se révèle primordiale au regard de l'apport qu'elle pourrait avoir dans l'élaboration, la mise en œuvre et l'interprétation de tous les instruments juridiques relatifs aux investissements adoptés par la ZLECAf et par les États membres en tant qu'entités souveraines. Selon leurs besoins, quatre domaines spécifiques peuvent exiger l'intervention

---

fpubs , consulté le 2 avril 2023. JOUBIN-BRET (A.), « Establishing an International Advisory Centre on Investment Disputes Settlement », E15 Task Force on Investment Policy, December 2015, p. 5, disponible sur https://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15-Investment-Joubin-Bret-Final.pdf, consulté le 2 avril 2023.

**1890** Le recrutement de deux experts sur les questions d'investissement mis à la disposition de la direction du commerce des services, de l'investissement et des droits de la propriété intellectuelle du Secrétariat de la ZLECAf est une première démarche louable. Néanmoins, la ZLECAf peut encore marquer un pas quantitatif et qualitatif en prévoyant un nombre plus important d'experts. En effet, les charges de Madame Roslyn Ng'eno, qui est la *Senior Investment Expert*, et du Docteur Talkmore Chidede, *Investment Expert*, consistent essentiellement à soutenir les négociations en vue de l'élaboration du Protocole de la ZLECAf sur les investissements. Engagés, non pas sur un budget exclusif de la ZLECAf – la part la plus importante étant apportée par l'organisation britannique *Overseas Development Institute* -, ceux-ci se limitent à fournir des conseils stratégiques et une expertise technique aux États membres à cette fin. Dans l'appel d'offres pour le recrutement d'un expert sur les questions d'investissement, on pouvait lire ce qui suit : *« In seeking to comply with the mandate and instruction given by the Heads of State and Government, there is a need to support the negotiation process through a technical support to the AfCFTA Secretariat. In this regard and in order to complete the Phase II Protocol on investment and prepare a successful implementation of the agreement, the AfCFTA Secretariat requires assistance in the form of a technical expert investment ».* Le constat est clair : se doter d'une institution permanente de conseils aux États membres, à l'instar d'un centre consultatif, n'a pas pour l'instant retenu l'attention de la ZLECAf. Voir AFRONOMICLAWS, « Call for application : Investment Expert placed in the AfCFTA Secretariat », *News and Events*, May 12, 2021, 2 p, disponible sur https://www.afronomicslaw.org/category/news-and-events/call-application-investment-expert-placed-afcfta-secretariat, consulté le 3 avril 2023.

de cette division : la négociation et la rédaction des accords internationaux d'investissement, la mise en œuvre des obligations d'investissement sur le plan national et la gestion des traités, la gestion précoce des plaintes liées aux investissements, ainsi que la gestion des différends qui en découlent[1891].

La priorité de la division des services consultatifs de la future agence devrait toutefois être de fournir une assistance technique pré-contentieuse aux États membres et de renforcer les capacités de leurs fonctionnaires. Jonathan R. Kabre considère à juste titre que *«[i]f officials are well trained, their awareness on potential investment claims is likely to increase and their readiness to respond to such claims enhanced »*[1892]. D'intérêt capital pour les pays en développement, ces services sont ceux auxquels se livrent prioritairement le Centre consultatif sur la législation de l'OMC[1893]. La construction d'une solide expertise juridique des décideurs africains, notamment ceux qui sont concernés par la réglementation des investissements dans leurs pays, est fondamentale.

La formation de qualité que doit assurer la division des services consultatifs pourrait être facilitée par une collaboration avec d'autres institutions poursuivant les mêmes objectifs sur le continent africain, à l'instar de la Facilité africaine de soutien juridique (ALSF), institution abritée par la Banque africaine de développement[1894]. Des partenariats fructueux de formation sont à établir entre ce département et les API nationales ou régionales, les centres régionaux d'arbitrage, de même qu'un certain nombre d'organisations intergouvernementales et non-gouvernementales intervenant en Afrique[1895].

---

**1891** Voir KABRE (R. J.), « Establishing an Advisory Centre on Investment Law : What Significance for African Countries », *Yearbook on International Investment Law & Practice*, pp. 11-12, 2020,

**1892** *Idem.*

**1893** En 2019, le Centre consultatif de l'OMC a délivré 220 opinions juridiques au profit de 29 pays en développement et PMA. Les recours des gouvernement africains au Centre de l'OMC sont majoritairement relatifs à l'assistance pré-contentieuse et les formations officielles. Sur ce dernier service du centre, notamment le renforcement des capacités des États membres, l'Université de Lomé a été récemment sélectionnée pour abriter le prochain cycle du cours régional de politique commerciale (CRPC) organisée par l'OMC à l'intention des pays africains francophones.

**1894** L'ALSF (African Legal Support Facility), dont l'accord de création est entré en vigueur le 22 décembre 2008, est opérationnelle depuis 2010. Son mandat est axé sur *« la fourniture d'un soutien pratique lors de la négociation d'accords contractuels entre les gouvernements africains et les investisseurs ».* Les traités d'investissement et le règlement des différends y relatifs constituent l'un des cinq secteurs principaux d'activités de l'ALSF. Voir BANQUE AFRICAINE DE DEVELOPPMENT, *Facilité africaine de soutien juridique,* disponible sur https://www.afdb.org/fr/topics-and-sectors/initiatives-partnerships/african-legal-support-facility, consulté le 10 avril 2023.

**1895** En termes de formations données aux États africains en matière d'investissement, on peut énumérer celles de la CNUCED, de la CNUDCI, de la Banque mondiale, de l'OCDE, l'Institut international de développement durable (IISD), *Vale Columbia Center for Sustainable Investment*, etc.

Enfin, la prévention et la bonne gestion des différends d'investissement passent inévitablement par la formation d'un nombre accru de juristes spécialisés en droit international des investissements. Il appartient à cette division de faire la promotion de cette spécialisation auprès des universités et des instituts de recherche africains[1896]. Outre ces efforts de la part des États membres de la ZLECAf, qui pourraient contribuer à la croissance des investissements intra-africains et étrangers, la dynamisation des institutions de règlement des différends favoriserait une intégration plus aboutie de l'Afrique en matière d'investissement.

## § 2. L'ACTIVATION DES INSTITUTIONS DE RÉSOLUTION DES LITIGES RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS

Le juriste sud-africain Amos Saurombe, dans ses travaux sur les instances juridictionnelles régionales africaines et leur jurisprudence en matière commerciale, a pu remarquer que *« judicial institutions play a marginal role, causing the African continent to be perceived as having no litigation culture »*[1897]. Les États africains ont l'obligation d'inverser cette perception négative s'ils tiennent à accélérer l'intégration économique continentale. Leur responsabilité dans la régulation des investissements à l'échelle continentale ne saurait donc être dissociée de leur devoir d'une bonne administration de la justice en cas de différends entre les parties prenantes. Il leur faut miser sur les compétences des organes juridictionnels panafricains existants **(A)** et, éventuellement, sur l'apport d'une Cour panafricaine d'investissement, dont la création n'est absolument pas dédaignable **(B).**

### A. La mise à contribution des institutions juridictionnelles panafricaines

Bien qu'elle n'ait pas été conçue comme un organe de règlement des différends en matière d'investissement, la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (CAJDH), née de la fusion entre la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour ADHP) et de la Cour de justice de l'Union africaine[1898], pourrait participer, à titre accessoire, à la

---

**1896** L'Université de Prétoria et l'Université de Cape Western en Afrique du Sud offrent conjointement une formation qui peut servir d'exemple à d'autres universités africaines. Il s'agit du très sélectif *LLM in Trade and Investment Law in Africa* (TILA).

**1897** SAUROMBE (A.), « African Regional Judiciaries and their Jurisprudence in Trade Law Matters », *op. cit*., p. 97.

**1898** *« La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et la Cour de justice de l'Union africaine, créées respectivement par le 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 et l'Acte constitutif de l'Union africaine, sont fusionnées en une cour unique instituée et dénommée « Cour africaine de justice et des droits de l'homme ».* Article 2 du Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, disponible sur https://www.peaceau.org/uploads/protocol-on-the-merged-court-fr.pdf, consulté le 11 avril, 2023. Le

résolution d'affaires touchant aux investissements **(1)**. Il peut aussi arriver que l'office de l'organe de règlement des différends (ORD) instauré dans le cadre de la ZLECAf concerne des plaintes portant sur les opérations d'investissement effectuées dans les États membres **(2).**

## *1. La mobilisation désirable de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (CAJDH)*

Les tensions entre droits de l'homme et droit des investissements se sont désormais tempérées. Ces matières se rencontrent dans l'ordre juridique de l'UA, quoique les conditions de cette rencontre soient assez délicates. Leurs modes de résolution des différends pourraient et devraient s'enrichir mutuellement[1899]. Il est dès lors possible de faire de la CAJDH un complément ou une alternative utile au règlement des différends d'investissement en Afrique.

La pratique montre que la Cour ADHP et, avant elle, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples[1900], ont autrefois été saisies d'affaires concernant la protection des droits des populations autochtones du fait de décisions d'autorités nationales en faveur d'investisseurs nationaux comme étrangers. À titre illustratif, dans l'affaire *Endorois*, la Commission s'est penchée sur la question de la spoliation de terres ancestrales de la communauté Endorois, et a condamné les autorités kényanes pour violation des droits fondamentaux de cette communauté[1901]. En 2017, la Cour, dans une « décision historique »

---

Protocole portant création de cette Cour n'a pas encore obtenu le nombre de ratifications suffisant pour son opérationnalisation prévue pour 2030, au plus tard.

**1899** KRIEBAUM (U.), « Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration ? », *in* DUPUY (R-J.) (dir.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, *op. cit.,* pp. 244-245.

**1900** *« Organe de supervision et de contrôle du respect des obligations instaurées par la Charte, la Commission des Droits de l'Homme et des Peuples ne dispose que de fonctions parajuridictionnelles amoindries ».* TALL (S. N.), *Droit du contentieux international africain, op. cit.,* p. 285. La Commission est un organe technique et indépendant dont la création a précédé celle de la Cour ADHP. Ce sont les efforts consentis par les membres de cette commission qui ont abouti à l'érection d'une véritable juridiction continentale. La Cour ADHP sera donc instaurée à la suite de l'adoption, le 10 juin 1998, du Protocole facultatif relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Devenue opérationnelle en 2006, elle a son siège à Arusha (Tanzanie). Voir SOMA (A.), « Le jeu des protocoles dans le processus juridique de construction d'une Cour africaine de protection des droits de l'homme », *Revue CAMES/SJP*, N°002, 2015, pp. 3-5 ; voir également SOMALI (K.), « L'indépendance de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : théories et réalités », *RTSJ*, janvier-décembre, N°5, 2013, pp. 53-56 ; MUBIALA (M.), « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : mimétisme institutionnel ou avancée judiciaire ? », *RGDIP*, 1998, pp. 765-767.

**1901** Ces droits fondamentaux sont le droit à la propriété, à la libre disposition de leurs richesses et ressources naturelles, à la libre pratique de leur religion, à leur culture et à leur développement. Voir COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES, *Center for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (On Behalf of Endorois Welfare Council) c. Kenya,* 27 è Rapport d'activités, N°273/03, 46è session, 2009.

du 26 mai 2017, a confirmé le droit de propriété du peuple *Ogiek* sur ses terres ancestrales, jugeant que c'est à tort que les autorités nationales kényanes ont privé cette communauté d'accès à son territoire pour exercer son droit à la culture[1902].

Les décisions sus-évoquées exercent une influence indirecte sur le droit des investissements. Cette influence est certes limitée, car ces institutions panafricaines, par le biais de leurs décisions, ne sont habilitées à s'adresser qu'aux États parties à la Charte africaine des droits de l'homme des peuples (CADHP). Mais ces décisions se présentent comme des signaux importants pour les investisseurs, personnes physiques ou morales, qui seraient tentés de violer les droits de l'homme[1903]. Elles ouvrent également une autre voie de recours aux investisseurs dont les droits fondamentaux - le droit de propriété, en l'occurrence - seraient atteints.

Pour trancher les litiges relatifs aux investissements, la Cour ADHP, seule juridiction continentale actuellement opérationnelle, pourrait être utilisée comme un forum alternatif ou complémentaire aux organes spécialement conçus à cette fin. De ce point de vue, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), davantage que la Cour de Justice de l'UE (CJUE)[1904], peut inspirer les États africains[1905]. Même si, *prima facie*, cette Cour et les tribunaux arbitraux appartiennent à des régimes différents, et malgré la disposition de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) selon laquelle elle [la Cour] « *ne doit pas traiter une demande qui est substantiellement identique à une question qui […] a déjà été soumis à une autre procédure d'enquête ou de règlement international* »[1906], leurs sujets se chevauchent souvent, créant une compétence parallèle et concurrente sur un même

---

**1902** *Cour africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya*, Décision 6/2012, 26 mai 2012.

**1903** RADILOFE (R.), « Perspectives africaines des droits de l'homme en droit international des investissements », *op. cit*., p. 273.

**1904** La plus célèbre et la plus récente décision de la CJUE touchant aux investissements reste la décision *Achmea* précitée. Pour un approfondissement de l'intervention de la CJUE dans la régulation économique, Voir DE WITTE (B.), « Balancing Economic Law and Human Rights by the European Court of Justice », *in* DUPUY (R-J.), PETERSMANN (U-E.), FRANCIONI (F.), (dir.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, *op. cit.,* pp. 197-207.

**1905** Parmi les quelques décisions de la Cour EDH touchant aux investissements, on peut mentionner entre autres, Cour EDH, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, N° 48553/99, jugement du 25 juillet 2002 ; Cour EDH, *Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd c. Pologne,* N°51728/99, Jugement du 28 juillet 2005 ; Cour EDH, *Bimer SA c. Moldavie*, N°15084/03, Jugement du 10 juillet 2007 ; Cour EDH, *Marini c. Albanie,* N°3738/02, Jugement du 18 décembre 2007. Voir généralement KRIEBAUM (U.), « Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration ? », *in* DUPUY (R-J.) (dir.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, *op. cit.,* pp. 244-245 ; DE SENA (P.), « Economic and Non-Economic Values in the Case Law of the European Court of Human Rights », *in* DUPUY (R-J.) (dir.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, *op. cit.,* pp. 210-218 ; RUFFERT (M.), « The Protection of Foreign Direct Investment by the European Convention on Human Rights », *German Yearbook of International Law,* Vol. 43, 2000, p. 119 et suivants.

**1906** Article 35, §2, b) de la Convention européenne des droits de l'homme.

différend d'investissement. La saisine de la Cour EDH complète parfois l'arbitrage d'investissement, à travers l'examen des réclamations qui ne conviennent pas à l'arbitrage en matière d'investissement ; à l'exemple de l'inclusion d'allégations de mauvais traitements infligés au propriétaire ou au personnel d'une entreprise[1907]. Il s'agit d'une tactique qui permet à l'investisseur « d'attaquer » l'État d'accueil sur deux fronts distincts[1908]. Il faut néanmoins préciser que dans les affaires typiques d'investissement, l'arbitrage offre des atouts évidents et plus importants. Il va sans dire que les juridictions des droits de l'homme connaissant des affaires liées aux investissements offrent des réparations globalement moins généreuses[1909].

Juridiction continentale aux compétences dépassant les frontières des droits de l'homme et des peuples, la CAJDH[1910] devrait se déclarer compétente pour connaître des litiges relatifs aux investissements dans l'hypothèse de l'inexistence d'une institution continentale spécialisée. D'ailleurs, les articles 19 et 20 du Protocole de Maputo de 2003, instituant la Cour de justice de l'Union africaine, avaient habilité cette Cour à régler les litiges fondés sur les traités internationaux, généraux ou spéciaux ; ce qui inclut les traités d'investissement[1911]. L'article 41 § 2 du Code panafricain des investissements autorise les États membres à recourir à la Cour de justice de l'UA s'ils ne parviennent pas à régler un différend par voie de consultations, négociations ou médiation [1912]. Puisqu'elle couvre désormais les attributions de cette dernière, la CAJDH a la faculté de rendre des décisions sur la base des accords d'investissement conclus par les États membres.

---

**1907** CHOROMIDOU (A.), « Droit de l'homme et arbitrage d'investissement : procédures parallèles », Aceris Law LLC, disponible sur https://www.international-arbitration-attorney.com/fr/human-rights-investment-arbitration-parallel-proceedings/, consulté le 10 avril 2023.

**1908** Certains différends ont fait l'objet de procédures parallèles devant les tribunaux arbitraux et devant la Cour EDH. Par exemple, la Cour EDH s'est déclarée compétente pour connaître de la célèbre affaire *Neftyanaya Kompaniya Yukos c/ Russie* en parallèle à une procédure arbitrale enclenchée sur le fondement du TCE. Voir Cour EDH, *Neftyanaya Kompaniya Yukos c/ Russie,* N°14902/04, 29 janvier 2009.

**1909** EL BOUDOUHI (S.), « L'investisseur devant les juridictions internationales des droits de l'homme : la question des droits fondamentaux des investisseurs », *in* ROBERT-CUENDET (S.), *Droit des investissements internationaux : Perspectives croisées, op. cit*., p. 324

**1910** Voir GUELDICH (H.), « La future Cour africaine de justice et des droits de l'Homme : de la pertinence normative aux considérations pratiques », *in* HARELIMANA (J-B.), MAIA (Ch.), (dir.), *20 ans du Statut de la CPI : l'œuvre africaine dans la pénalisation du droit international*, Colloque international de l'AAPDI, Maison de l'UNESCO, Paris, 10 décembre 2018, pp. 6-8, disponible sur https://www.ceja.ch/images/CEJA/articles/drois_de_lhomme/La_futureCour_africaine_justice_droits_homme_pertinence_normative.pdf, consulté le 10 avril 2023.

**1911** Lire Article 19 et Article 20 du Protocole de la Cour de justice de l'Union africaine ; texte disponible sur https://www.peaceau.org/uploads/protocole-de-la-cour-de-justice-fr.pdf , consulté le 11 avril 2023.

**1912**Cf. Article 41 § 2 du PAIC.

L'incapacité des personnes physiques et morales à saisir automatiquement la Cour continentale étant déjà annoncée, son prétoire ne sera pas à l'usage direct des investisseurs pour poursuivre les États hôtes, comme c'est le cas avec le mécanisme de RDIE. Qui plus est, sa neutralité et sa nature supranationale lui confèreront une crédibilité auprès des États membres et aideront à « dépolitiser » les litiges par leurs retraits aux tribunaux nationaux qui, depuis bien longtemps, souffrent d'une crise de confiance de la part des investisseurs. De surcroît, le recours à la CAJDH garantira la promotion de l'État de droit en Afrique, vu que ses juges seront nommés suivant un processus démocratique[1913]. Gager d'une indépendance dans l'interprétation, par la Cour panafricaine, des réglementations africaines d'investissement, n'est donc pas risqué. Cependant, l'accélération de la mise en œuvre de la ZLECAf a commandé la création d'un cadre juridictionnel propre à cet espace économique continental.

### 2. *L'improbable intervention de l'organe de règlement des différends de la ZLECAf*

Un aspect essentiel de tout accord commercial impliquant différentes parties est le système de résolution des litiges retenu. La confiance, la responsabilité et l'État de droit s'en trouveraient garanties au travers d'une mise en œuvre incontestée[1914]. Ainsi, l'article 20 de l'Accord portant création de la ZLECAf institue un mécanisme de règlement des différends. Reposant sur le Protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends, ce mécanisme est soutenu par une institution dont la mission est de mettre en œuvre les dispositions de l'Accord[1915] : l'Organe de règlement des différends (ORD). Les litiges entre les États membres de la ZLECAf dans le cadre de l'accord y seront résolus.

De fait, il s'agit d'une transposition, un *« carbon copy »*[1916] du modèle de règlement des différends de l'OMC par les États africains dans le cadre de la ZLECAf[1917]. Convenons

---

**1913** NGOBENI (T. L.), *A Critical Analysis of the Security of Foreign Investments in the Southern Africa Development Community (SADC) Region, op. cit.*, pp. 293-295.

**1914** UNCTAD, African Continental free Trade Area : Design of Dispute Settlement Mechanism Should Reflect Preferences and Realities of All its Member States », Policy Brief, N° 105, January 2023, p. 1, disponible https://unctad.org/system/files/official-document/presspb2022d13_en.pdf, consulté le 12 avril 2023.

**1915** Cf. Article 5 du Protocole sur les règles et procédures de règlement des différends de la ZLECAf.

**1916** GATHII (J. Th.), « Evaluating the Dispute Settlement Mechanism of the African Continental Free Trade Agreement », *Afronomicslaw blog*, 2019, p. 2, disponible sur https://www.afronomicslaw.org/2019/04/10/evaluating-the-dispute-settlement-mechanism-of-the-african-continental-free-trade-agreement, consulté le 12 avril 2023.

**1917** L'ORD de l'OMC a été créé par le Mémorandum d'accord régissant le règlement des différends de l'OMC du 1er janvier 1995.

toutefois avec Ali Kairouani que « *[l]a mise en place de cet espace économique panafricain avec une tentative de coordonner le droit international africain du commerce et de l'investissement ne peut devenir effectif que si l'Organe de règlement des différends est efficient* »[1918]. Comme résultante, les rouages du mécanisme de règlement des différends se doivent de fonctionner efficacement.

La procédure formelle de règlement des différends se déroule en quatre étapes. Premièrement, des consultations sont organisées entre les parties afin de négocier une solution à l'amiable[1919]. Si les consultations n'aboutissent pas, on débouche sur la deuxième étape qui consiste pour les parties à saisir l'ORD. Un groupe spécial est alors institué. Prenant la forme d'une audience au cours de laquelle les parties sont représentées par leurs avocats, il examine la question, puis statue sur la base de l'accord qui lie les parties[1920]. Troisièmement, en cas d'insatisfaction de l'une ou des parties, il est possible de faire appel de la solution retenue par le panel (Groupe spécial) auprès de l'Organe d'appel (OA), dont la décision est définitive[1921]. Celle-ci est mise en œuvre à la dernière étape et emporte une possibilité de contre-mesures, telles que la suspension des avantages commerciaux dans le cadre de la Zone de libre-échange par l'État lésé, si l'autre partie ne l'exécute pas[1922]. Une précision mérite d'être apportée : à chaque étape, les parties peuvent, d'un commun accord, recourir aux modes alternatifs de règlement diplomatique des différends, tels que les bons offices, la conciliation et la médiation[1923].

En vertu des dispositions régissant le mécanisme décrit, *« [u]n État partie qui invoque les règles de procédures de ce Protocole en relation avec une question spécifique, ne doit pas recourir à un autre forum de règlement des différends sur la même affaire »*[1924]. Il est possible que la « question spécifique » porte sur l'investissement. En conséquence, ce n'est pas seulement l'interdiction relative du *forum shopping* par ces dispositions qu'il faut acclamer. Creusées plus profondément, elles sous-entendent que des questions relatives aux

---

**1918** KAIROUANI (A.), « Les procédures de règlement des différends dans la zone de libre-échange continentale africaine : enjeux et perspectives », *Revue de droit des affaires internationales,* 2022, p. 378.

**1919** Article 6 § 1 du Protocole sur les règles et procédures de règlement des différends.

**1920** Article 6 § 2 du Protocole sur les règles et procédures de règlement des différends.

**1921** Cf. Article 21 à 23 du du Protocole sur les règles et procédures de règlement des différends.

**1922** Pour une analyse approfondie du mécanisme de règlement des différends de la ZLECAf, voir AKINKUGBE (O. D.), « Dispute Settlement under the Continental Free Trade Area Agreement : A Preliminary Assessment », Schulich School of Law, Dalhousie University, *Faculty Scholarship*, 2020, 17 p, disponible sur https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1483&context=scholarly_works, consulté le 12 avril 2023.

**1923** Article 8 § 2 du Protocole sur les règles et procédures de règlement des différends.

**1924** Article 3 § 4 du Protocole sur les règles et procédures de règlement des différends.

investissements sont susceptibles d'être soulevées devant l'ORD, mais uniquement sur le fondement du Protocole sur les règles et procédures de règlement des différends et de l'Accord portant création de la ZLECAf.

Que l'ORD ait une « compétence par ricochet » en matière d'investissement est justifiable : l'investissement forme, avec le commerce, la propriété intellectuelle, ou encore la concurrence, le champ des priorités de la ZLECAf. En attestent les Protocoles qui leur sont exclusivement consacrés ; des textes considérés, d'ailleurs, rappelons-le, comme faisant partie intégrante de l'Accord « constitutif » de la ZLECAf. Cette compétence de l'ORD de la ZLECAf se voit très vite menacée par une autre piste de règlement des différends ouverte aux États membres : l'arbitrage international.

Les parties au différend ont également le droit, lorsqu'elles s'accordent sur le principe, de recourir à l'arbitrage comme premier mécanisme de règlement du différend. Il leur suffit d'en notifier le Secrétariat de la Zone de libre-échange et d'appliquer la sentence arbitrale de la même manière que la décision d'un groupe spécial ou de l'organe d'appel[1925]. Ni le Protocole ni l'Accord ne précisent le type d'arbitrage utilisable, pas plus que les organes ou les institutions qui s'en chargeront. L'esprit de ces textes permet néanmoins d'établir qu'ils n'envisagent que la possibilité pour les États de recourir à un tiers désigné comme arbitre, soit au nom de leurs gouvernements respectifs, soit au nom d'investisseurs individuels[1926].

À l'image du mécanisme de règlement des différends dans son ensemble, l'arbitrage interétatique est la forme retenue par la ZLECAf. Se trouve ainsi confirmée la tendance actuelle des États africains à résoudre leurs différends d'investissement entre eux, même dans le cadre de l'arbitrage. La procédure arbitrale illustrée par l'article 27 du Protocole sera menée en dehors de l'ORD sur la base de l'Accord de la ZLECAf et pourra éventuellement

---

**1925** Article 6 § 6 du Protocole sur les règles et procédures de règlement des différends. L'article 27 § 2 dispose cependant que *« [l]es parties qui soumettent un différend à l'arbitrage au titre du présent article ne peuvent soumettre simultanément la même question à l'ORD »,* Voir CNUCED, *La contribution potentielle de la Zone de libre-échange continentale africaine à une croissance inclusive, op. cit*., p. 178.

**1926** Plusieurs auteurs déplorent l'omission des entreprises privées dans le mécanisme de règlement des différends de la ZLECAf. Principal acteur du commerce intra-africain, le secteur privé doit être inclus dans le mécanisme du règlement des différends. Pour eux, l'efficacité du mécanisme et la ZLECAf en dépend. Voir KAIROUANI (A.), « Les procédures de règlement des différends dans la zone de libre-échange continentale africaine : enjeux et perspectives », *op. cit.*, p. 379, AKINKUGBE (O. D.), « Dispute Settlement under the Continental Free Trade Area Agreement : A Preliminary Assessment », *op. cit*., pp. 11-15 ; SIMO (R.), « Chronique d'une mort annoncée ? À propos du mécanisme de règlement des différends commerciaux de la Zone de libre-échange continentale africaine », *Afronomicslaw blog*, 2019, p. 2, disponible sur https://www.afronomicslaw.org/2019/08/19/chronique-dune-mort-annoncee-a-propos-du-mecanisme-de-reglement-des-differends-commerciaux-de-la-zone-de-libre-echange-continentale-africaine-zlecaf, consulté le 14 avril 2023.

porter sur une question d'investissement. Parler de l'exclusion du mécanisme de RDIE n'est donc qu'une lapalissade.

Jusque-là, le mécanisme de règlement des différends de la ZLECAf est relativement flou, surtout en ce qui concerne les investissements. Même le futur Protocole d'investissement est entouré d'ambigüités sur les modes de résolution des différends à envisager. Or, l'Afrique doit reconnaître que pour l'effectivité de son intégration économique, les différends suscités par l'Accord de la ZLECAf et ses différends protocoles doivent être réglés sans ambiguïté, de manière à créer une confiance entre les États membres et les investisseurs[1927]. Cela dit, serait-il préférable pour les États africains de créer une Cour exclusivement consacrée à la résolution des différends relatifs aux investissements ?

## B. Vers la mise en place d'une Cour panafricaine d'investissement ?

La défragmentation du droit international et la « panafricanisation » du régime juridique des investissements en Afrique poussent à rêver grand pour le continent. Une Cour panafricaine d'investissement, issue de la proposition d'accord d'investissement entre les États membres de la ZLECAf et des négociations menées dans le cadre de l'élaboration du PAIC, ne s'apparenterait pas à une arlésienne. Elle assurerait la transparence tant désirée dans le règlement des différends tout en offrant aux investisseurs la protection nécessaire pour investir sur le continent. Les rêves sont légitimes **(1).** Mais certaines réalités peuvent compromettre leur concrétisation **(2).**

### *1. Les rêves*

Les thèses en faveur de la création d'une Cour panafricaine chargée de résoudre les différends relatifs aux investissements intra-africains ne sont pas légion. Mais elles ont le mérite de nourrir des réflexions constructives. Une Cour de cette nature, par sa structure et son mode de fonctionnement, aurait la capacité de parachever l'œuvre d'intégration continentale des États africains en matière d'investissement.

Chrispas Nyombi[1928], l'un des plus grands hérauts de la création de cette Cour, y voit trois avantages-clés. *Primo*, elle permettrait de restreindre l'accès au mécanisme de RDIE,

---

**1927** Il disait en substance que *« Africa must acknowledge that while economic integration is an idea whose time has come, the potential disputes must be settled in a clear and unambiguous manner that creates confidence for the member states and other investors dealing with matters provided for under the Agreement.* Voir MUIGUA (K.), « Investment-Related Dispute Settlement under the African Continental Free Trade Agreement: Promises and Challenges », *op. cit*., p. 13.

**1928** D'origine ougandaise, Chrispas Nyombi est professeur de droit du commerce international. Il fut directeur de recherche à Canterbury Christ Church University (Royaume-Uni) avant de rejoindre Derby University

du moins en ce qui concerne les TBI intra-africains. *Secundo*, par l'application des règles de droit international général, elle affermirait le droit des États africains de réglementer d'importantes questions non-économiques, telles que l'environnement et les droits de l'homme sans ternir leur image aux yeux des investisseurs. *Tertio*, l'incohérence des décisions étant l'un des facteurs de la crise de légitimité que traverse l'arbitrage d'investissement, une Cour panafricaine d'investissement pourrait faciliter la prévisibilité et la cohérence des litiges intra-africains en matière d'investissement[1929]. Afin de garantir une constance et une concordance dans l'interprétation de la *lex specialis* du droit international des investissements, y compris en ce qui concerne l'issue des différends, la résolution des litiges relatifs aux investissements par une seule institution serait idoine[1930].

À la suite de l'universitaire ougandais, l'avocat sénégalais Mouhamed Kebe soutient que *« la ZLECAf devrait être une excellente opportunité pour l'Afrique de mettre en place une juridiction continentale pour traiter les différends issus des relations États-Investisseurs au sein du continent »*[1931]. Il poursuit qu'avoir en territoire africain une Cour continentale de règlement des litiges liés aux investissements permettrait aux États africains d'être jugés par des acteurs qui comprennent réellement le contexte économique, social et culturel de l'Afrique. Reste, en revanche, capitale, la prise en compte, par cette Cour, des intérêts des États africains et de leurs communautés locales, de même que ceux des investisseurs par l'application des standards relatifs aux droits humains et à l'environnement[1932].

La Cour panafricaine d'investissement, à laquelle s'adosse une fonction contentieuse importante, devrait reposer sur une structure qui s'inspire des succès et des échecs de certaines juridictions à vocation régionale ou internationale existantes. En conséquence, les questions de compétence, de nomination des juges et d'exécution des décisions exigent une

(Royaume-Uni) comme Professeur associé. Il est également membre du panel des arbitres du CIRDI pour la période 2023-2029 et membre de la délégation du gouvernement ougandais à la CAE dans le cadre des négociations du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement.

**1929** NYOMBI (Ch.), « Towards a New Economic Order: Proposal for a Pan-African Investment Court », *in* ONYEMA (E.) (dir.), Rethinking the Role of African National Courts in Arbitration, *Kluwer Law International*, 2018, pp. 19-20.

**1930** *Idem.*

**1931** KEBE (M.) cité par TANDIA (D. A.), « Quel système de règlement de litiges dans le cadre de la ZLECAf ? » *Afrimag, Entretien avec Me Mouhamed Kebe*, 22 mai 2023, disponible sur https://afrimag.net/me-mouhamed-kebe-managing-partner-de-geni-kebe-dla-piper-africa-quel-systeme-de-reglement-des-litiges-dans-le-cadre-de-la-zlecaf/, consulté le 23 mai 2023.

**1932** Voir généralement, KEBE (M.), *The African Continental Free Trade Area and the Future of Investor-State Dispute Settlement in Africa,* Intersentia, 1st ed., 2023, 224 p.

analyse méticuleuse de la part des États africains et des experts intéressés par le règlement des différends d'investissement en Afrique.

En ce qui concerne la compétence de la Cour, elle pourrait être fondée sur le Protocole de la ZLECAf et les autres TBI ou AII intra-africains. Cette compétence devrait s'imposer naturellement lorsque des plaintes sont déposées par les investisseurs contre un État signataire des textes sus-évoqués. Pour éviter l'éternel reproche fait au mécanisme de RDIE concernant sa procédure, les tenants de la création d'une Cour panafricaine d'investissement sont unanimes sur la nécessité de prévoir un double degré de juridiction. De leur avis, la possibilité d'une procédure d'appel, autorisant les parties à contester les sentences rendues par ladite Cour, confortera sa légitimité. L'existence d'un accord continental sur l'investissement et d'accords bilatéraux ou régionaux concordants, ainsi que la disponibilité d'une instance d'appel au sein de la Cour proposée, assurerait la fiabilité et l'efficacité du règlement des différends d'investissement en Afrique[1933].

La question de la composition de la Cour envisagée demeure une préoccupation majeure, car son indépendance et son impartialité en dépendent. La nomination de juges permanents par les États membres, au détriment d'arbitres intermittents désignés par les parties, devrait être la règle de formation de la Cour. Des connaissances avérées et des expériences prouvées en droit international des investissements, de même que des exigences éthiques, constitueraient également les critères de sélection des membres de cette Cour. Épris de professionnalisme et de transparence, ceux-ci seraient capables de garantir la crédibilité de l'institution juridictionnelle panafricaine en vue. Ambitieux, les États africains le sont assurément. Seulement, plusieurs pesanteurs risquent de rendre laborieux l'établissement d'une telle juridiction.

### *2. Les réalités*

La proposition d'établir une Cour multilatérale exclusivement dédiée au règlement des différends relatifs aux investissements n'est pas une nouveauté : c'est la première réalité à révéler. En effet, le rêve de créer une juridiction supranationale dans le domaine des investissements a été nourri depuis 1948 par la Commission internationale des juristes au

**1933** NYOMBI (Ch.), « A Case for A Regional Investment Court in Africa », *North Carolina Journal of International Law,* Vol. 43, 2018, p. 106 ; DIOP (P. A.), *La protection internationale des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest : espace CEDEAO*, *op. cit.,* p. 202 ; AMA (O.), *Investor-State Arbitration and African States : A Proposal for a Pan-African Investment Court, op. cit*., p. 249.

point de donner lieu à un projet de statuts instaurant une *Foreign Investments' Court*[1934]. Sur le plan régional, l'Accord pour la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les États membres de l'Organisation de la Conférence Islamique (OCI) a également prévu la création d'un organe de résolution des litiges liés aux investissements[1935]. Alors que ces rêves n'ont pas été concrétisés, le monde arabe est parvenu à « briser la malédiction » en envisageant, dans le chapitre VI de la Convention unifiée pour l'investissement des capitaux arabes[1936], une Cour compétente pour régler les différends en matière d'investissement. La Cour arabe d'investissement, première juridiction du genre dans le monde, fut ainsi établie en 1985[1937].

Malgré l'existence d'une juridiction pionnière en la matière, la proposition d'une Cour panafricaine d'investissement semble plutôt s'inspirer de l'action de réforme de l'UE, qui s'oriente vers un système juridictionnel en remplacement du RDIE. Taxé d'*« acronyme le plus toxique en Europe »*[1938] par l'ancienne commissaire européenne au commerce, Cecilia Malmström, ce mécanisme devrait être abandonné au profit d'un système juridictionnel d'investissement *(Investment Court System).* Proposé d'abord dans le cadre du TTIP, puis du CETA, le système a été inclus dans les accords UE-Singapour, UE-Viet Nam et UE-Mexique. Initiative européenne au départ, le projet a pris une ampleur universelle grâce aux efforts de la CNUDCI visant à promouvoir l'établissement d'une Cour multilatérale d'investissement[1939].

---

**1934** Voir BEN HAMIDA (W.), « The First Arab Investment Court Decision », *JWIT*, Vol. 75, 2006, p. 2.

**1935** L'Accord pour la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les États membres de l'Organisation de la Conférence Islamique (devenue Organisation de la Coopération Islamique) est disponible sur https://ww1.oic-oci.org/french/conventions/Agreement%20for%20Invest%20in%20OIC%20%20fr.pdf, consulté le 23 mai 2023.

**1936** La Convention unifiée pour l'investissement des capitaux arabes a été signée le 26 novembre 1980 à Amman, en Jordanie, lors de la onzième conférence au sommet des États arabes. Il est entré en vigueur le 7 septembre 1981.

**1937** La Cour arabe d'investissement n'est devenue opérationnelle qu'en 2003, lorsqu'une société saoudienne, Tanmiah for Consultancy Management & Marketing (Tanmiah), a décidé de poursuivre le gouvernement tunisien. La Cour a rendu sa première décision le 12 octobre 2004. Voir BEN HAMIDA (W.), « The First Arab Investment Court Decision », *op. cit*., pp. 2-3 *;* Pour une analyse de l'évolution des activités de la Cour, voir ALABD (H.), « La Cour arabe d'investissement : Vers une Cour régionale plus efficace », *ASA Bulletin,* Vol. 35, N°2, 2017, pp. 340-353.

**1938** MALMSTRÖM (C.) cité par AMES (P.), « ISDS : The Most Toxic Acronym in Europe », September 15, 2015, disponible sur https://www.politico.eu/article/isds-the-most-toxic-acronym-in-europe/, consulté le 23 mai 2023.

**1939** Sur la Cour multilatérale d'investissement envisagée, voir COUVEINHES MATSUMOTO (F.), « Le lancement de la négociation d'une convention instituant une cour multilatérale d'investissements : l'avenir indéterminé d'un projet européen déterminant », *RGDIP*, Tome 122, N°4, 2018, pp. 893-931 ; BUNGENBERG (M.), REINISH (A.), « from Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to Multilateral Investment Court : Options regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement », European Yearbook of International Economic Law, 2nd ed, 2019, 222 p ; HOWSE (R.), « Designing a Multilateral Investment Court : Issues and Options », *Yearbook of European Law*, Vol. 36, 2017,

Les farouches résistances opposées à ce projet par certains auteurs[1940] n'annulent pas la probabilité qu'il recueille l'assentiment des États africains. Dans cette hypothèse, qu'adviendra-il de l'idée de création d'une Cour panafricaine d'investissement ? Plus qu'une question, l'on fait face à une véritable énigme. Considérer la proposition d'une Cour panafricaine d'investissement ou adhérer à la Cour multilatérale d'investissement proposée ? Voilà le dilemme auquel seront confrontés les États africains. À vrai dire, le projet de création de la Cour multilatérale d'investissement est tellement avancé qu'il a de fortes chances d'aboutir. Le rêve de voir érigée une Cour panafricaine d'investissement paraît, dans ces conditions, chimérique.

Par ailleurs, tout porte à croire que les postulats sur l'intérêt d'ériger une Cour panafricaine d'investissement n'ont pas convaincu les négociateurs du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement. La lecture de la dernière version de ce texte ne laisse transparaître aucune ligne consacrée à cette juridiction. Son omission paraît préméditée. Or, en l'absence d'un accord multilatéral qui établit une Cour continentale en matière d'investissement, il serait difficile, voire impossible que la proposition soit prise en compte. Plus précisément, les États africains seraient libres de conclure entre eux des accords qui omettent la Cour panafricaine d'investissement dans leurs options de règlement des différends. La Cour devrait idéalement être constituée après adoption définitive du Protocole de la ZLECAf sur l'investissement et harmonisation de tous instruments juridiques d'investissement sur le continent[1941]. L'omission de cette Cour dans le nouveau texte « panafricain » étant volontaire, il est clair qu'elle ne verra pas le jour de sitôt.

Compte tenu de ces incertitudes relatives à la création prochaine d'une Cour panafricaine d'investissement, l'heure semble indiquée pour les États africains – engagés dans la continentalisation du régime juridique des investissements - de dynamiser la Cour ADHP en matière d'investissement, en attendant l'opérationnalisation de la CAJDH. Au moyen d'une

---

p. 217 et suivants ; ZULETA (E.), « The Challenges of Creating a Standing International Investment Court », *in* KALICKI (J. E.), JOUBIN-BRET (A.), Reshaping the Investor-State Dispute Settlement, op ; cit., pp. 414 et suivants, KULAGA (L.), « Brave, New, international Investment Court in Context : Towards A Paradigm Shift of the ISDS », *Polish Yearbook of International Law*, Vol. XXXVIII, 2018, pp. 115-140.

**1940** Voir par exemple ÁLVAREZ ZARATE (J. M.), « Legitimacy Concerns of the Proposed Multilateral Investment Court : Is democracy Possible ? », *Boston College Law Review*, vol 59, N°8, pp. 2765-2790 ;, SORNARAJAH (M.), « An International Investment Court : Panacea or Purgatory », *Columbia FDI Perspectives,* N°180, 15 august 2016, 3 p, disponible sur https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/No-180-Sornarajah-FINAL.pdf , 23 mai 2023.

**1941** AMA (O.), *Investor-State Arbitration and African States : A Proposal for a Pan-African Investment Court,* PhD Thesis, Canterbury Christ Church University, 2020, p. 54.

analyse inductive, considérons que si le droit de propriété constitue un droit de l'Homme, tout comme le droit de l'investisseur sur son bien, la Cour ADHP aurait compétence pour connaître des différends portant sur la violation des droits de l'Homme dans le droit des investissements. Ce ne serait pas un débordement de son mandat de veiller au respect des droits de l'Homme par les États et de sanctionner éventuellement leur manquement[1942]. À long terme, l'élargissement des compétences de la CAJDH aux différends relatifs aux investissements intra-africains donnerait au droit africain des investissements une consistance, gage de crédibilité de l'Afrique aux yeux des investisseurs tant locaux qu'étrangers[1943].

Il serait tout de même souhaitable que les juridictions communautaires, notamment celles établies par les CER africaines, fonctionnent progressivement comme des divisions de la CAJDH si cette dernière est rendue opérationnelle. Les avantages d'une telle évolution seraient multiples. Les justiciables auraient accès à la CAJDH dans leur région. Ce qui leur épargnerait du temps et des frais de déplacement coûteux. La proximité de cette juridiction avec les populations sans doute acquises à ce procédé, son statut de tribunal du continent serait réel et potentiellement couronné de succès. La transformation des juridictions régionales en divisions de la CAJDH réduirait également la charge de travail de la Cour et les dépenses de fonctionnement des juridictions communautaires. La célérité dans le traitement des dossiers et la rationalisation des ressources y afférentes seraient, bien entendu, assurées[1944]. L'intégration prônée des Cours de justice communautaires dans le système juridictionnel continental représente un pan de l'intégration approfondie que les États africains appellent de tous leurs vœux.

[1942] La Cour ADHP devait être amenée à se prononcer sur la violation des droits de l'Homme dans le cadre des activités d'investissement. Toutefois, ses décisions ne pourraient viser que les États africains et les investisseurs africains. DIOP (P. A.), *La protection internationale des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest : espace CEDEAO*, *op. cit.,* pp. 207-208.

[1943] *Ibidem,* p. 208.

[1944] NGOBENI (T. L.), *A Critical Analysis of the Security of Foreign Investments in the Southern Africa Development Community (SADC) Region, op. cit*., p. 295.

## Conclusion

La dynamique de « continentalisation » du droit international des investissements en Afrique se poursuit. L'aspiration sous-jacente est de voir émerger une zone commune d'investissement. Aspiration noble, pourtant irréalisable sans une intégration institutionnelle avancée de tous les États ! Cette forme d'*affectio societatis* exprimée par ces derniers devrait donc être inébranlable. Les démonstrations l'ont confirmé : on ne peut concevoir une régulation des investissements à l'échelle continentale que dans l'intégration approfondie des institutions nationales, communautaires et continentales. La coopération entre les institutions chargées de la facilitation, la garantie et le financement des investissements s'impose. Les renforcer ou les créer reste un préalable incontournable. Ignorer les institutions de prévention et de règlement des différends de ce processus d'intégration continentale serait néanmoins une belle recette pour le chaos dans les opérations d'investissement réputées pour leur complexité. Pour échapper à ce danger, il est tout autant fondamental de dynamiser celles qui existent que de juger de l'opportunité d'en créer davantage.

# *Conclusion du Titre II*

L'intégration économique à vocation continentale, procédé propice aux entrées des investissements, ne peut prospérer qu'en prenant appui sur l'armada normative et l'armature institutionnelle mises en place par les États africains. Des normes, il a été dégagé certains principes à observer par les États pour une rationalisation de leurs instruments juridiques d'investissement. Des institutions, il a résulté une nécessité d'intégration aux fins d'un fonctionnement compatible avec les envies de « panafricanisation » du régime juridique des investissements.

Du point de vue normatif, on a pu comprendre que défaire l'entrelacs des accords internationaux d'investissement visible sur le continent africain est malaisé, alors qu'il faut y parvenir à tout prix. L'appel répété à la rationalisation de tous les instruments juridiques africains d'investissement prend tout son intérêt. Le Protocole de la ZLECAf sur l'investissement doit en constituer le repère. L'alignement des TBI intra-africains sur ce texte et son utilisation comme référence dans les futures négociations des États africains aideraient à atténuer les multiples problèmes liés à leur configuration réticulaire. À maîtriser l'articulation entre ce texte et les autres protocoles de la ZLECAf touchant accessoirement aux investissements, les États africains parviendraient à relever le défi de la construction d'un cadre normatif d'investissement unifié ou, du moins, harmonisé.

Du point de vue institutionnel, une remarque a été faite : l'absence de pouvoirs supranationaux au profit des CER africaines est le nœud gordien des problèmes inhibant leurs initiatives d'intégration économique. L'accélération de la dynamique d'intégration continentale des États africains est pourtant fondamentale. À cet effet, la restructuration des CER doit être efficacement opérée, autant que la coordination de toutes les institutions africaines impliquées dans les opérations d'investissement. Un tel chantier relève des attributions de l'UA, mais aussi de la ZLECAf, dont l'autorité sur le continent est admise, quand bien même cette dernière recèle, hélas, des survivances de l'intergouvernementalisme.

Au total, en matière d'investissement, le « panafricanisme rationalisé » que l'ancien Secrétaire général de l'OUA et ex-premier Ministre du Togo, feu Edem Kodjo, de son vivant, a ardemment souhaité, ne se constituerait qu'à partir des « pôles fédérateurs »[1945], tant sur le plan juridique qu'institutionnel.

[1945] KODJO (E.), *Et demain l'Afrique*, Stock, Paris, p. 242.

# Conclusion de la Partie II

La « continentalisation » du droit international des investissements présuppose l'existence d'un *corpus* de règles susceptibles d'homogénéiser les normes qui régissent les opérations d'investissement en Afrique. Les intentions de « panafricanisation » des réglementations d'investissement sont consécutives à cette considération devenue quasiment axiologique pour les États africains. L'adoption du Code panafricain des investissements en est la première traduction. Passé au crible d'une analyse substantielle, ce texte est incontestablement innovant, en ce qu'il intègre des nouveautés généralement ignorées dans le régime international des investissements. Toutefois, sa richesse substantielle contrastant avec sa faiblesse formelle, son impact sur le régime juridique des investissements des CER et de leurs États membres est resté limité.

Pour se rattraper, la création de la ZLECAf s'est présentée comme une occasion en or pour les États africains. Ces derniers ont décidé d'élaborer un Protocole sur l'investissement, un nouvel instrument juridique d'investissement d'envergure continentale doté, cette fois-ci, d'une valeur juridique contraignante. Destiné à s'appliquer à la vie des investissements sur le territoire de tous les États africains, ce texte de *hard law* apparaît comme une pièce maîtresse à l'harmonisation du cadre juridique des investissements sur le continent. Retenons-le, c'est le mérite du PAIC d'avoir servi de base à ses négociations, ainsi qu'en témoignent les dispositions qu'on y lit. Mais encore faut-il qu'il entre en vigueur pour ne pas connaître le même sort que son prédécesseur.

À l'issue du diagnostic de l'approche panafricaine de réglementation des investissements, suivi du pronostic sur ce qui pourrait lui advenir, il a paru impératif de proposer des remèdes à ses problèmes actuels et de l'immuniser contre ses maux éventuels. À cette fin, la consolidation de l'intégration continentale en matière d'investissement, sans être une panacée, se révèle être une mesure efficace, à condition qu'elle se déploie dans une double dimension juridique et institutionnelle. La juridique, qui commande l'instauration d'un cadre normatif continental harmonisé, implique la mise en cohérence de tous les textes africains directement et indirectement liés aux investissements. L'institutionnelle, elle, exige l'intégration de l'ensemble des entités et organes africains entrant en jeu à toutes les étapes des opérations d'investissement.

# CONCLUSION GÉNÉRALE

La déception provoquée par la protection des investisseurs a suscité chez les États africains la volonté de modernisation du cadre juridique des investissements. Les législations nationales portant sur les investissements contenaient exagérément d'avantages au profit des investisseurs. Les contrats d'investissement souffraient d'une disparité de traitement entre les cocontractants. Quant aux TBI, ils étaient marqués par une élasticité nuisible aux intérêts des États d'accueil, à telle enseigne qu'on a pu affirmer que *« Old BITs bite »*[1946]. À l'exacerbation des privilèges octroyés aux investisseurs par ces instruments juridiques d'investissement, il fallait opposer une normalisation des relations entre toutes les parties prenantes.

Un autre défi majeur à relever par les États africains était de mettre un terme à l'éparpillement des politiques et des réglementations d'investissement sur le continent afin d'éliminer la concurrence pernicieuse qu'il a engendrée entre eux. Ceux-ci, portés par leurs regroupements d'intérêts économiques, ont fait montre d'un dynamisme sans précédent. Leurs regrets dans la réglementation des investissements ont été à l'origine des progrès enregistrés sur le continent en la matière. C'est ce que révèlent les développements du droit international des investissements en Afrique, dont l'analyse a été menée sous le prisme du régionalisme.

Les premières tentatives de correction de la vacuité et des failles du régime africain des investissements sont communautaires. Les actions des CER africaines se sont, en effet, inscrites dans la vision d'harmoniser les règles et les politiques d'investissement de leurs États membres tout en modernisant leur contenu substantiel. Rompant avec le classicisme normatif qui avait orienté leurs États membres dans la régulation des investissements, des CER comme le COMESA, la SADC, la CEDEAO et la CAE, se sont résolues à reconsidérer la protection octroyée aux investisseurs. Il en a résulté une reformulation des standards directs de protection définis dans le régime international des investissements.

Dans leurs accords d'investissement, le périmètre du principe de non-discrimination a été réduit pour faire place aux intérêts de l'État d'accueil. Les normes de protection accordée aux investisseurs dans l'absolu n'ont pas non plus échappé aux verrous qui y ont été institués. Les standards protégeant excessivement les investisseurs ont été, soit omis, soit assortis d'une série d'exceptions. En clair, l'orthodoxie du droit international des investissements a

[1946] Littéralement traduite, cette assertion signifie que « les TBI traditionnels mordent » ou « font mal ». L'idée est d'exprimer les revers que les TBI de l'ancienne génération peuvent faire subir aux États d'accueil des investissements.

été bouleversée : il n'est plus le droit de la protection des investisseurs. Pas que ces derniers ne soient plus protégés, mais cette protection est désormais mesurée.

Inversement, les nouveautés analysées dans les textes élaborés par les CER reflètent une consolidation des droits des États d'accueil des investissements. Traduite, d'abord, par la consécration du droit des États hôtes de réglementer les investissements dans un but d'intérêt public, cette approche offre l'occasion aux États hôtes de prendre des mesures de politique publique utiles à leur développement socio-économique. L'argument de la défense des intérêts privés des investisseurs ne pourra donc plus triompher aisément d'une mesure de santé publique ou de protection de l'environnement devant le tribunal arbitral. Ensuite, la résurgence, dans les accords régionaux africains, du droit des États d'accueil d'exiger des performances aux investisseurs - droit naguère méconnu dans les TBI - montre à suffisance le renouveau impulsé par les CER dans le régime africain des investissements.

*« Intrus du droit international de l'investissement »*[1947], les obligations des investisseurs, insérées dans les textes régionaux africains y relatifs, sont venues rehausser l'éclat de ce renouveau. L'asymétrie entre les droits et les devoirs des investisseurs et des États hôtes a été résorbée. Les obligations découlant des nouveaux instruments d'investissement des CER ne pèsent plus exclusivement sur l'État hôte. Dorénavant, les investisseurs en portent également la charge. Novatrices, ces obligations sont positives ou négatives, et concernent des sujets aussi variés que complexes. De nature économique et non-économique, elles vont, entre autres, du devoir de respecter les législations nationales de l'État hôte aux exigences de protection de l'environnement et des consommateurs, en passant par l'interdiction de la corruption et de l'ingérence politique. La responsabilisation de toutes les parties prenantes acquise, le déséquilibre des rôles et des intérêts est théoriquement évité dans les documents régionaux de réglementation des investissements.

Y compris dans le domaine du règlement des différends, les CER africaines ont assigné à leurs instruments juridiques d'investissement une fonction de rééquilibrage des rapports entre investisseurs et États d'accueil. Pétri d'expériences fâcheuses, le système de règlement des différends entre investisseurs et États a été assailli de critiques sans merci. Budgétivore et chronophage ! Se sont écriés les uns. Partial et non-inclusif ! Ont déploré les autres. La désaffection du mécanisme de RDIE est montée d'un cran en Afrique. En conséquence, l'arbitrage investisseur – État, bien qu'il n'ait pas subi un rejet catégorique dans tous les

[1947] MBENGUE (M. M.), *Les obligations des investisseurs, op. cit.,* p. 295.

nouveaux textes, y a perdu son autorité et sa notoriété. On lui a préféré, à maints égards, l'arbitrage interétatique. De la « dépolitisation » du règlement des différends d'investissement par l'usage de la première forme d'arbitrage, les États africains seraient-ils passés à sa « re-politisation » avec la seconde forme ? C'est ce qui apparaît en filigrane.

Pour la résolution des litiges liés aux investissements en Afrique, le premier rôle a été confié aux modes alternatifs autres que l'arbitrage. La conciliation, la médiation, les consultations et les bons offices ; tels sont les nouveaux modes privilégiés de règlement des différends relatifs aux investissements. Ce mouvement s'est conforté par la sollicitation des juridictions nationales et communautaires en cas de survenance d'un différend entre un investisseur et l'État d'accueil. Par-delà cette démarche, il a été prévu que les institutions nationales et régionales africaines d'arbitrage, qui ne cessent de croître en nombre, doivent être prioritairement saisies[1948]. Le tournant procédural pris par les CER est en effet tendu vers la transparence et l'équilibre entre les intérêts de toutes les parties prenantes.

Le caractère innovant du cadre juridique des investissements établi par les CER africaines ne doit cependant pas occulter les inconvénients qu'il a charriés. Pour l'instant, plus incitatifs que contraignants, les instruments régionaux d'investissement ont obvié à la coordination des règles et politiques d'investissement au lieu du contraire. Ajoutés à la pluralité de textes d'investissement déjà existants dans les États, ils menacent le paysage juridique africain des investissements d'un désordre généralisé. L'unité dans la réglementation des investissements devrait dès lors se substituer à la multiplicité des règles contradictoires en la matière. L'audacieuse initiative entreprise par les États africains de « continentaliser » le droit international des investissements répond à cette exigence. Conséquemment, des orientations panafricaines ont été ébauchées pour une réglementation commune des investissements. Il s'agit de redonner au droit des investissements une cohérence afin qu'il soit animé par une vision d'ensemble et structuré selon des principes en phase avec les besoins du continent africain.

Qui s'attendait à ce que cet objectif soit atteint avec l'adoption du PAIC a dû être déçu. Quoique fussent grandes la volonté et la créativité des États africains, l'analyse a démontré que ce premier texte continental d'investissement présente certaines insuffisances qui laissent douter d'une réglementation continentale commune. Il n'a pas pu empêcher les États d'adopter, *ut singuli,* des mesures pour réguler les opérations d'investissement sur leurs

[1948] MANCIAUX (S.), « Les mécanismes de règlement des différends interafricains », *op. cit.,* pp. 405-408.

territoires respectifs. Plus que les CER, les États africains ont individuellement pris trop de liberté par rapport à cet instrument juridique du fait de sa faible nature.

Insoluble en apparence, la « balkanisation » chronique du régime africain des investissements contenu dans une mosaïque de règles dispersées fait à nouveau l'objet d'une remise en ordre. À la faveur de la création de la ZLECAf, considérée comme un *« espoir dans la construction d'une Afrique unie et prospère »*[1949], un Protocole sur l'investissement a été adopté. S'affranchissant, lui aussi, des modèles passéistes de textes d'investissement, sa singularité par rapport au PAIC réside dans sa capacité à s'imposer à tous les États membres de cet espace économique continental. Sous l'angle substantiel, il a ceci de particulier de prévoir des dispositions tenant compte du changement climatique et des situations pandémiques, ainsi que des mesures de prévention et de gestion des différends d'investissement avant leur survenance[1950]. Au vu des vertus qu'il concentre, l'on se demande si ce Protocole n'est pas *« a potential game changer for the African continent »*[1951]. L'avenir nous le dira, évidemment, après son entrée en vigueur.

Malgré la « panafricanisation » en cours du régime juridique des investissements, il faut se garder de toute jubilation hâtive. Pour qu'elle ne vienne pas obscurcir davantage le paysage juridique africain dans le domaine des investissements, il est sans doute nécessaire pour les États africains et les CER auxquelles ils appartiennent de poursuivre leurs efforts d'intégration continentale. Dès lors, la modernisation du régime du régime juridique des investissements doit être opérée conjointement avec la rationalisation des instruments juridiques régulant les activités des investisseurs locaux et étrangers. Aligner les contrats, les accords internationaux et les législations nationales d'investissement sur le Protocole sur l'investissement est une condition *sine qua non* à l'institution d'un cadre juridique cohérent au sein de la ZLECAf. De même, l'articulation maîtrisée de l'ensemble des textes juridiques de cet espace économique, dont le socle reste à affermir, revêt une importance capitale. Cet exercice contribuerait à accélérer sa mise en œuvre[1952] et, *in fine*, à hâter l'avènement de la Communauté économique africaine projetée par les pères fondateurs de l'UA dès l'aube des indépendances.

---

**1949** Mahamadou Issoufou, *Allocution lors du 12 è Sommet extraordinaire sur la ZLECAf,* Niamey le 7 juillet 2019.

**1950** Lire les Articles 26, 27 et 45 du *Protocol on Investment to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area – Draft.*

**1951** MATUBANZILA (E.), « The AfCFTA Investment Protocol – A Potential Game Changer for the African Continent? », *op. cit.,* p. 1.

**1952** L'année 2023 a été décrétée par l'UA comme l'année de l'accélération de la mise en œuvre de la ZLECAf

Cette étude a permis de constater, non sans regrets, qu'un élément fondamental, souvent banalisé par les États africains, est l'impératif d'apporter une cohérence à la réglementation et aux pratiques relatives aux investissements, dès la phase de négociation des instruments y relatifs[1953]. La maîtrise des techniques de négociation des accords d'investissement et la connexion des dispositions au moment de les conclure ne devraient pas être reléguées à la périphérie. Ce serait une attitude périlleuse pour un continent en quête d'harmonisation de son régime juridique d'investissement. *« L'Afrique, pour être crédible devra se doter d'un pouvoir de négociation solide, lié essentiellement à son organisation institutionnelle et à sa performance économique. Or ces deux conditions essentielles ne sont réalisables qu'à travers des régimes démocratiques, garantis par des États de droit »*[1954].

Il est, par conséquent, impérieux de renforcer le pouvoir de négociation des États africains par la formation de spécialistes en la matière. Ce besoin pressant, Kariuki Muiga l'a exprimé, en déclarant que *« [t]here is therefore a need for African governments to invest in highly knowledgeable experts while negotiating and drafting the terms of investment agreements […] »*[1955]. De manière générale, la diplomatie économique des États africains mérite d'être repensée, parce que confrontée à de nouveaux défis. Il importe de la conduire avec *« une bonne dose de zeste stratégique qui pourrait être tirée de la démarche empruntée par l'intelligence économique »*[1956]. Aussi est-il primordial de prôner la bonne gouvernance dans les États africains pour une attractivité effective et une régulation efficiente des investissements[1957].

Les États africains ne sauraient se contenter de la réforme et de la rationalisation des textes. Les institutions nécessitent de passer par la même opération en vue d'une intégration continentale complète. La disjonction entre les États, les CER et les organisations

---

[1953] La diplomatie économique, qui suppose la maîtrise de l'art de la négociation, est *« un aspect souvent banalisé aujourd'hui par les États en développement, pourtant jugé fondamental pour le progrès des nations contemporaines ».* LUKUNDA VAKALA-MFUMU (R.), « La diplomatie économique congolaise à l'épreuve », in *Mélanges en l'honneur de Grégoire Bakandéja, Du droit à l'économie et de l'économie au droit,* Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 337. Le Colonel Bédiani B. Béléi, pour souligner l'importance d'une diplomatie économique gagnante en Afrique, ira jusqu'à dire que *« c'est désormais le commerce et l'économie qui font la puissance, et non plus la guerre ».* BELEI (B. B.), *La nouvelle diplomatie économique en Afrique : enjeux et paradigmes, op. cit.,* p. 20.

[1954] GABA (L.), *L'État de droit, la démocratie et le développement économique en Afrique subsaharienne,* Paris, L'Harmattan, 2000, p. 285.

[1955] MUIGUA (K.), « Africa's Role in the Reform of International Investment Law and Investor State Dispute Settlement (ISDS) », *Journal of cmds*, vol. 5, N° 1, 2020, pp. 20-21.

[1956] DANGEZANA (E.), *La diplomatie économique à l'épreuve de nouveaux défis,* Paris, L'Harmattan, 2023, p. 1.

[1957] Voir SATTOROVA (M.), *The Impact of Investment Treaty Law on Host States: Enabling Good Governance ?*, Hart Publishing, 2018, 220 p.

panafricaines, ainsi que leur dysfonctionnement dans les opérations d'investissement, sont de nature à ensabler les rouages de la machine institutionnelle continentale opérant dans ce secteur. Une coopération institutionnelle intra-africaine s'impose donc, avec pour maîtresses d'œuvre, l'UA et la ZLECAf. Ces organisations d'envergure continentale sont appelées à faciliter la collaboration entre les organismes menant des opérations de charme à l'égard des investisseurs, notamment les agences nationales, régionales et panafricaines de promotion des investissements.

On l'a vu, de nouvelles institutions impliquées dans la régulation des investissements voient le jour sur le continent, image de la dynamique qui s'y installe. Certaines institutions de financement et de garantie des investissements sont cependant laissées dans un état de somnolence. Leur réveil serait utile aux États africains, car, au milieu des turbulences économiques et politiques récurrentes sur le continent, les opérations d'investissement sans garantie demeurent hypothétiques[1958].

À combien plus forte raison ces opérations seront compromises sans un mécanisme efficace de prévention, de gestion et de résolution des différends ? Voilà qui exige la création et la dynamisation d'organes capables de favoriser des relations saines entre les investisseurs et les États hôtes, et d'assurer une bonne administration de la justice lorsque survient un litige entre eux. Si l'intervention de la CAJDH et l'ORD de la ZLECAf est souhaitable, l'on tient actuellement pour improbable l'établissement d'un Centre consultatif de la ZLECAf sur le droit international des investissements et d'une Cour panafricaine d'investissement.

Eu égard à la nature afrocentrique des nouveaux textes et des institutions d'investissement, l'on a pu se demander s'il y a place pour un regard d'ouverture, une rencontre dans cette tension entre les intérêts des États africains et les opérateurs économiques étrangers. À cela, il a été répondu que les États africains, généralement hôtes d'investissements étrangers, sont obligés d'engager un dialogue permanent avec les investisseurs de nationalité étrangère à l'Afrique. Comprendre leurs attentes et leurs besoins, et leur proposer des alternatives dans le cadre d'une relation équilibrée, permettrait à toutes les parties prenantes de s'épanouir économiquement et socialement[1959].

---

**1958** Voir NIMAC (A.), « Promoting Investment Policy Reforms Amid Political Turbulence and Transition : The Case of Tunisia and Arab Spring », *Trade & Competitiveness in Practice, The World Bank Group*, October 2017, 8 p., disponible sur https://documents1.worldbank.org/curated/en/433821507734730649/pdf/120367-BRI-PUBLIC-ADD-SERIES-8p-TUNIPReformsInPracticeNoteFINAL.pdf, consulté le 15 mai 2023.

**1959** Si différents par leurs statuts juridiques, les Etats hôtes et les investisseurs doivent pourtant entretenir des relations gagnant-gagnant. Voir MANCIAUX (S.), « Le point de vue des entreprises : la régulation d'origine privée des opérations d'investissement », *in* ROBERT-CUENDET (S.), (dir.), *Droit des investissements*

Certes, *« development is made at home »*[1960]. Mais la mondialisation ne laisse à aucun État la latitude de se complaire dans l'isolationnisme[1961]. Le régionalisme africain n'a pas vocation à déboucher sur un protectionnisme démesuré en matière de commerce et d'investissement, le but n'étant ni de renforcer la compétitivité de l'Afrique en vase clos, ni de limiter les partenariats de développement que le continent entretient avec les opérateurs économiques étrangers. Quoique l'objectif premier des États africains soit d'augmenter les flux des investissements intra-africains, c'est une bataille de Sisyphe vouée d'avance à l'échec que de prévoir une « continentalisation » du droit des investissements sans s'ouvrir au monde extérieur.

Le défi de l'édification d'une zone continentale commune d'investissement serait donc pour les États africains de réussir à s'affirmer dans leurs particularités en ne tombant pas dans l'extrême que constituerait l'emmurement régionaliste. Comme l'a martelé l'économiste et philosophe sénégalais Felwine Sarr, dans son essai *Afrotopia, « il ne s'agit pas pour l'Afrique de refuser les leçons que peuvent lui apporter les expériences extérieures sur la voie de la modernité économique, technique et politique, mais de situer les niveaux de contacts indispensables, et également les limites à assigner aux valeurs que l'Afrique doit accepter comme facteurs positifs de son enrichissement* »[1962]. Lues à la lueur du droit international général, les réformes africaines en matière d'investissement devraient être appréhendées comme un *« need for a vigorously open African approach »*[1963].

Au terme de cette étude plongée dans les méandres du droit international des investissements en Afrique, retenons qu'en matière de réglementation des investissements, le statisme a cédé la place au dynamisme sur le continent noir. Amorcées par les CER et prolongées à l'échelle continentale, les réformes intervenues dans le régime africain des investissements sont frappantes. Incontestablement, le « droit international africain des

*internationaux : perspectives croisées, op. cit.,* p. 188 . Voir aussi IISD, *Traités d'investissement dans un contexte de mutations permanentes : stratégies et possibilités pour les pays en développement, op. cit.,* p. 21 ; DE FONTMICHEL (A.), MEYNIEL (A.), « Le point de vue de l'investisseur : Quelques considérations stratégiques préalables au contentieux contre l'État hôte », *in* ROBERT-CUENDET (S.), (dir.), *Droit des investissements internationaux : perspectives croisées, op. cit.,* pp. 642-644.

**1960** Voir KABUNDA (M.), « Integración regional en África : obstáculos y alternativas », Análisis, *op. cit*., 91. Voir aussi VAN NIEUWENHUIJE, *Development Begins at Home : Problems and Prospects of the Sociology of Development*, Pergamon, 1st ed., January 1, 1982, 346 p.

**1961** MBAYE (K.) cité par DIOMANDE (L.), « L'interaction entre la ZLECAf et les autres organisations d'intégration économique en Afrique », *op. cit*., p. 76.

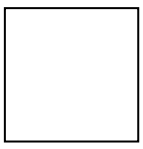
**1962** SARR (F.), *Afrotopia,* Editions Philippe Rey, 2016, p. 33.

**1963** KOAGNE ZOUAPET (A.), « Is there an African approach to International Law? Is it even needed? », *in* KOAGNE ZOUAPET (A.) (ed.), *60 Years After Independence: Africa and International Law. Views from a Generation,* Pretoria University Law Press, 2023, p. 28.

investissements » change, évolue et se perfectionne. Toutefois, derrière la beauté irréfutable des textes et des institutions, seule leur mise en œuvre par les États va conditionner des avancées tangibles. Sachant qu'en Afrique il existe souvent un décalage entre les règles adoptées et la pratique, l'on ne se berce pas d'illusions excessives quant aux retombées positives de la vague de modernisation des instruments d'investissement sur le continent. Mais, comme tout pari, gageons que les États africains, au lieu d'une régulation archipélagique orchestrée en interne, nous surprendront, cette fois-ci, par une « panafricanisation » effective de leur régime juridique relatif aux investissements.

# ANNEXES :

# RÉSUMÉ EN LANGUE ESPAGNOLE



FACULTAD DE DERECHO

FACULTAD DE DERECHO

# TESIS

CON VISTAS A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE DOCTOR EN DERECHO
ELABORADA EN RÉGIMEN DE COTUTELA ENTRE LA UNIVERSIDAD DE LOMÉ (UL)
Y LA UNIVERSIDAD DE GRANADA (UGR)

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

# El regionalismo africano en derecho internacional de inversiones

PRESENTADA POR :
**Mawuto TOSSA**

## DIRECTORES DE TESIS

**Palouki MASSINA**
*Profesor titular de la UL*
*Ex Secretario General del Gobierno togolés*
*Juez del Tribunal Constitucional*

**Javier ROLDÁN BARBERO**
*Catedrático de univrsidad*
*Director del Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la UGR*

## TRIBUNAL DE TESIS

**Koffi AHADZI-NONOU (Presidente)**
*Profesor emérito*
*Presidente Honorario de la Universidad de Lomé (Togo)*
*Ex juez del Tribunal Constitucional*
*Abogado*

**Djobo Babakane COULIBALEY (Relator)**
*Catedrático de universidad*
*Decano honorario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Kara (Togo)*
*Juez del Tribunal Constitucional*

**Sébastien MANCIAUX (Relator)**
*Profesor titular HDR en la Universidad de Borgoña (Francia)*
*Miembro del "Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux" (CREDIMI)*

**Leonor MORAL SORIANO (Secretaria)**
*Profesor titular de la UGR (España)*
*Vicedecana de internacionalización de la Facultad de Derecho*

2023-2024

## INTRODUCCIÓN

Durante las dos últimas décadas, el régimen internacional de inversiones se ha enfrentado a duras críticas en África. Percibido como un yugo para las economías nacionales y las políticas públicas en lugar de ser una palanca para ellas, ha experimentado profundos cambios. Desde hace algún tiempo, los Estados africanos están decididamente empeñados en modernizar y elaborar instrumentos jurídicos de inversión adaptados a sus realidades y preocupaciones para sacarles el máximo partido. Están forjando caminos radicalmente nuevos y participando en la construcción de una nueva configuración del derecho internacional de las inversiones. Se abre así una nueva era en la regulación de las inversiones en el continente. Antes considerados *consumidores* de normas de inversión, los Estados africanos se han convertido gradualmente en auténticos *proveedores* de estas normas.

Es evidente que el régimen internacional de inversiones está experimentando una "africanización", que se manifiesta en el entusiasmo de los países africanos por trazar sus propias líneas del derecho internacional de inversiones. Individualmente, los Estados africanos se han mostrado decididos a definir sus propias normas y políticas de inversión. Pero su implicación en este proceso es mayor a nivel colectivo, ya que las reformas más notables en este ámbito se han llevado a cabo esencialmente en foros regionales. A las Comunidades Económicas Regionales (CER) africanas no les ha faltado creatividad ni en los acuerdos de inversión que han adoptado o revisado, ni en los modelos de tratados de inversión que han elaborado. No cabe duda de que ha surgido un regionalismo africano en el derecho internacional de las inversiones que no puede sino despertar la curiosidad del investigador jurídico. Sin embargo, antes de presentar los resultados de las indagaciones que se han llevado a cabo, intentemos definir brevemente este fenómeno.

Sin repasar toda su historia, cabe señalar que el regionalismo africano, con su promesa de desarrollo, ha tenido tanto éxito que se ha considerado como una "posible panacea" para los problemas políticos y económicos del continente. De naturaleza integracionista e institucionalizado, adopta dos formas, a saber, el "continentalismo", materializado por la creación de la Organización de la Unidad Africana, y el "subregionalismo", caracterizado por la existencia de una plétora de organizaciones regionales de integración creadas sobre una base estrictamente geográfica.

En sus inicios, el regionalismo africano se limitaba esencialmente al comercio internacional. La relación entre África y la OMC despertó más pasiones. Al principio, y a

diferencia de las cuestiones relacionadas con el comercio, la inversión no estaba concebida para ser objeto de integración por razones político-jurídicas y político-económicas, que favorecían la vía nacional y bilateral para proteger y promover la inversión. En consecuencia, el regionalismo africano en materia de inversión se encuentra aún en fase de maduración, lo que refuerza el interés de su análisis.

De hecho, tras haber sufrido durante mucho tiempo el "síndrome de marginación" reflejado por su ausencia en determinados acuerdos comerciales que reúnen a otros continentes - el Acuerdo de Asociación Transpacífico (*TPP* por sus siglas en inglés*)* y la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (*TTIP* por sus siglas en inglés) son ejemplos perfectos-, los Estados africanos sintieron la necesidad de actuar de forma colegiada en las relaciones económicas internacionales. Establecer una convergencia de comercio e inversión con vistas a aumentar su influencia en la comunidad empresarial internacional y lograr así economías de escala; este es su nuevo trato.

Como vemos, el proceso de regionalización continúa, transformando África en un auténtico "laboratorio" de nuevas normas y políticas de inversión. Incluso si este movimiento de los Estados africanos para regular la inversión no es una revolución aislada - dada la crisis generalizada del régimen internacional de inversiones - representa, como mínimo, un desarrollo significativo que está teniendo un impacto definitivo en la arquitectura del derecho internacional de inversiones, e inevitablemente plantea preguntas: ¿Cuáles son las tendencias actuales del Derecho internacional de inversiones en África? ¿Cómo se expresa el regionalismo africano en este ámbito? ¿Es capaz de crear un entorno jurídico atractivo? En definitiva, se trata de examinar la evolución del regionalismo africano en el Derecho internacional de inversiones.

El análisis del régimen jurídico de las inversiones revela que los Estados africanos han esbozado un nuevo enfoque del derecho internacional de las inversiones a escala regional, que abarca tanto las normas sustantivas como los mecanismos de resolución de litigios en materia de inversiones. La labor de las Comunidades Económicas Regionales (CER) africanas ha sido especialmente notable. El examen de los textos jurídicos de las CER destinados a armonizar las normas y políticas de inversión de sus Estados miembros revela una verdadera "comunitarización" del derecho internacional de las inversiones **(PARTE I).** En la perspectiva de la reforma, un escalón por encima de las CER, el continente africano, como entidad única, se ha mostrado dinámico en la búsqueda de un marco jurídico armonizado para las inversiones aplicable a todos los Estados sin excepción. Con la creación

de la Zona de libre-comercio continental africana (ZLECAf, por sus siglas en francés) bajo el liderazgo de la Unión Africana, se ha producido una "continentalización" gradual del derecho internacional de las inversiones **(PARTE II).**

El objetivo del presente estudio es, por tanto, analizar esta evolución del derecho internacional de las inversiones en África desde una perspectiva regional, destacando sus manifestaciones e implicaciones. También tiene una dimensión crítica y prospectiva, sobre todo porque las diversas iniciativas africanas de reforma del régimen internacional de inversiones, aunque loables, crean una cacofonía en las disposiciones de fondo y de procedimiento de los distintos textos adoptados. Su ambición, a este respecto, es esbozar soluciones susceptibles de contribuir a la coherencia entre los instrumentos jurídicos existentes en materia de inversión en el continente africano.

# PARTE I. LA "COMUNITARIZACIÓN" DELIBERADA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

Las CER africanas aspiran firmemente al desarrollo y cifran abiertamente sus esperanzas en la inversión extranjera con este fin. Pretenden estimular el flujo de inversiones mediante instrumentos jurídicos de inversión destinados a armonizar las normas y políticas de los Estados miembros en este ámbito con el fin de adecuarlas a sus objetivos. Aunque en las CER africanas han florecido varias iniciativas de regulación de las inversiones, sólo se estudiarán las más recientes y, obviamente, las más modernas. Entre ellas se incluyen el Tratado Modelo de Inversión de la Comunidad de África Oriental (CAE) de 2016, el Acuerdo sobre el Área Común de Inversión de COMESA revisado en 2017, el Modelo de TBI de la SADC revisado en 2017 y el Código de Inversión de la CEDEAO (ECOWIC) adoptado en 2018.

No obstante, una retrospección de los textos más antiguos servirá de apoyo al estudio. El análisis de los nuevos textos regionales de inversión sugiere que las CER se están volviendo más receptivas a los deseos de sus Estados miembros, ya que estos textos contienen disposiciones que reflejan sus preocupaciones en materia de desarrollo sostenible. Este nuevo enfoque de las CER africanas se traduce en una reconsideración de la protección concedida anteriormente a los inversores **(Título I)** y en un restablecimiento del equilibrio entre las partes interesadas **(Título II)**.

## Título I. Una audaz reconsideración de las normas de protección de los inversores

En sus nuevos textos sobre inversiones, las CER africanas pretenden alejarse de la idea de atraer a los inversores "a cualquier precio" para acercarse a la de promover inversiones capaces de facilitar el desarrollo sostenible. Este planteamiento ha llevado a suavizar las normas de trato a los inversores ***(capítulo 1)*** y a consolidar los derechos de que disponen los países receptores de inversiones ***(capítulo 2).***

### *Capítulo 1. Atenuación de las normas de protección de inversiones*

En los TBI clásicos, la redacción de las normas internacionales de protección es tan general que la responsabilidad de los Estados receptores frente a los inversores extranjeros está "hipertrofiada". Sin embargo, una lectura notarial de los recientes acuerdos regionales de inversión de la SADC, la CAE, el COMESA y la CEDEAO revela su alejamiento de lo

consagrado en el régimen internacional de inversiones. Estos textos reservan a los inversores un trato relativamente discriminatorio.

En cuanto a las normas de trato "relativo", en particular el trato nacional y la cláusula de nación más favorecida, los nuevos acuerdos regionales africanos de inversión han evitado una redacción vaga y generalizadora remitiéndose a la analogía de circunstancias[1964] . Mejor aún, han eliminado la ambigüedad que rodeaba a este concepto*:* la aplicación del concepto de circunstancias "similares" o "análogas" en estas normas requiere un examen global, caso por caso, de todas las circunstancias en las que se realiza una inversión[1965] . El Modelo de TBI de la SADC también desaconseja la cláusula de nación más favorecida.

Las CER africanas no sólo han implementado hábilmente la inclusión de la norma de trato nacional en la nueva generación de acuerdos regionales de inversión, sino que también han previsto una letanía de excepciones a estos requisitos clásicos de la ley de inversiones con el fin de satisfacer sus propias necesidades de desarrollo. El trato nacional va acompañado de excepciones generales y específicas. La CEDEAO, por ejemplo, establece que los Estados miembros podrán adoptar medidas que deroguen el principio de trato nacional[1966]. Este texto, como los demás que contienen esta norma, autoriza a los Estados de acogida a conceder un trato preferente a los inversores y a las inversiones que consideren útiles para alcanzar sus objetivos nacionales de desarrollo[1967] .

Además de los ejemplos mencionados, estos textos contienen excepciones más originales relacionadas con la etnia y los grupos vulnerables. Es el caso del apartado 2 del artículo 19 del Acuerdo revisado COMESA, que establece que *"[...] un Estado miembro podrá adoptar las medidas necesarias para hacer frente a las disparidades económicas de origen histórico que sufran grupos étnicos o culturales identificables como consecuencia de medidas discriminatorias u opresivas contra dichos grupos [...]"*[1968] . Por su parte, las numerosas limitaciones de la cláusula de nación más favorecida son materiales, temporales y territoriales[1969] .

---

[1964] Cf. art. 4 § 1 del Modelo de Tratado de Inversión de la CAE, art. 17 del Acuerdo de Inversión revisado de COMESA, art. 4 de ECOWIC.
[1965] Véase el artículo 6 § 3 de ECOWIC.
[1966] Artículo 7 § 1 de ECOWIC.
[1967] Artículo 7 § 3 de ECOWIC.
[1968] Traducción del artículo 7 § 7 de ECOWIC.
[1969] Véanse el artículo 9 de ECOWIC y los artículos 5 y 18 del Acuerdo revisado COMESA.

Si se entiende que cualquier excepción es potencialmente amenazadora para el principio al que contradice, admitiremos de buen grado que se han socavado las normas indirectas de protección establecidas en los instrumentos jurídicos de inversión de las CER africanas. Estas últimas consideran que cualquier exceso en la concesión de un trato no discriminatorio a los inversores haría que sus textos, que pretenden marcar un salto cualitativo en relación con los TBI tradicionales, parecieran retrógrados. La misma opinión ha regido la redacción de las normas directas de protección.

Una importante norma de protección de los inversores, el trato justo y equitativo, ha tenido suerte dispar en los instrumentos jurídicos de inversión adoptados recientemente por las CER africanas. Para salir de la trampa de esta cláusula, que tiene la reputación de ser la más invocada por los inversores ante los tribunales arbitrales, el PFI de la SADC de 2016 y la CEDEAO la omitieron por completo. Su disposición también fue desaconsejada por los redactores del Modelo de TBI de la SADC debido a su elasticidad, que confiere un poder incontrolable a los árbitros. Se recomiendan dos opciones a los Estados que, a pesar de la advertencia, deseen incluirla en sus textos.

La primera consiste en considerar el trato justo y equitativo como equivalente al nivel mínimo de trato, sin que este trato supere el concedido a los extranjeros en virtud del derecho internacional consuetudinario[1970] . El comité de redacción del *Modelo de TBI de la SADC* hizo gala de un verdadero ingenio jurídico a la hora de definir la segunda opción. Propuso una formulación alternativa de trato justo y equitativo y la denominó *"trato administrativo justo".* Este enfoque inspiró a los Estados miembros de COMESA a la hora de revisar su acuerdo de inversión, ya que redactaron una norma similar denominada *Trato justo judicial y administrativo,* una nueva norma de protección que no es más que una *"*emasculación*"* del trato justo y equitativo.

Cabe añadir que, aunque efectivamente están previstas, la protección contra la expropiación y la libertad de transferir fondos relacionados con la inversión se han "diluido" en los recientes textos regionales sobre inversión. En lo que respecta al derecho de expropiación, el aspecto más llamativo de esta "dilución" es el relativo aislamiento de estos textos, con la excepción de ECOWIC[1971] , de la famosa "fórmula Hull", que ha sido durante mucho tiempo una característica estándar de la práctica de los tratados de inversión. Mientras

[1970] Artículo 5 § 2 (1) del *Modelo de TBI de la SADC*

[1971] La CEDEAO establece que la expropiación o nacionalización debe estar sujeta al pago de una *"indemnización pronta, **adecuada** y **efectiva**",* Artículo 11 § 1 (c) de la CEDEAO.

que esta fórmula, en caso de expropiación, exige una compensación "pronta, adecuada y efectiva", el Modelo de TBI de la SADC y el Modelo de TBI de la CAE sólo contemplan una compensación "justa y adecuada"[1972] . El Acuerdo revisado de COMESA sólo prevé una compensación *pronta* y *adecuada* en caso de expropiación.

Todos los textos jurídicos sobre inversiones estudiados contienen numerosas restricciones al derecho a repatriar los fondos vinculados a las inversiones. Estas restricciones extremadamente detalladas se refieren a una serie de situaciones económicas, financieras y fiscales[1973] . Tales restricciones son poco frecuentes en la práctica de los tratados de inversión. Esto refuerza los derechos de los Estados receptores y pone aún más de relieve el enfoque innovador de las CER africanas en materia de inversión.

## *Capítulo 2. Consolidación de los derechos de los países anfitriones*

En la era de la modernización del régimen jurídico de las inversiones en África, la resolución de los antagonismos desfavorables a los Estados receptores se ha revelado como un verdadero reto para las CER. Afortunadamente, los redactores de los nuevos textos sobre inversiones de las CER africanas han reavivado las prerrogativas de los Estados receptores para reforzar su margen de maniobra. Han tenido que reafirmar el derecho de los Estados anfitriones a regular las inversiones y otorgarles el derecho a exigir resultados a los inversores extranjeros.

En nombre de su libertad normativa, los Estados anfitriones están facultados para adoptar medidas temporales que deroguen las obligaciones de protección de los inversores, siempre que dichas medidas no sean arbitrarias o proteccionistas. Los recientes instrumentos regionales sobre derecho de inversiones establecen que cualquier medida adoptada por un Estado miembro, diseñada y aplicada para proteger o alcanzar objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituye necesariamente una violación del principio de trato nacional[1974] . Además, nada impide a los Estados miembros *"adoptar o aplicar medidas relativas a la protección de la vida o la salud humana, animal o vegetal, al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales o a la protección de sus intereses de seguridad nacional [...]"*[1975] . Como resultado, se han

[1972] Artículo 6 § 1 del Modelo de TBI de la SADC, Artículo 7 § 1 del Modelo de Tratado de la CAE.
[1973] Lea el artículo 8 § 3 y 4 del Modelo de TBI de la SADC.
[1974] Cf. específicamente el Artículo 7 § 2 Artículo 45 de ECOWIC, el Artículo 25 del Modelo de TBI de la SADC, el Artículo 18 del Modelo de Tratado de Inversión de la CAE.
[1975] Traducción del artículo 9 del Código de Inversiones de la CEDEAO para una lista exhaustiva de las excepciones a la cláusula de nación más favorecida.

producido una serie de cambios en las normas de protección de los inversores con vistas a ampliar el margen de maniobra política de los Estados receptores, una actitud que estaba más o menos ausente en las prácticas de inversión de los Estados miembros de estas CER.

El poder regulador de los países receptores de inversiones en la región de la CEDEAO también se refleja en la prohibición de flexibilizar las normas de trato a los inversores. Ya sea en el ámbito del medio ambiente y el desarrollo sostenible o en el de las normas internacionales del trabajo, todos los textos jurídicos sobre inversiones analizados estipulan que ningún Estado miembro *"renunciará o derogará, u ofrecerá renunciar o derogar, medidas en materia de inversión con el fin de fomentar la realización, adquisición, expansión o retención en su territorio de la inversión de que se trate"*[1976] . Por lo tanto, se pide a los países de acogida que eviten lo que equivale a un "dumping reglamentario" para atraer a los inversores. Se les invita a disfrutar plenamente de su autonomía reglamentaria.

Los requisitos de rendimiento son un aspecto de las prerrogativas concedidas a los países receptores de inversiones. Consideradas como barreras estatales a la libre explotación de las inversiones por parte de operadores económicos extranjeros, ocupan ahora un lugar destacado en los recientes acuerdos regionales y modelos de tratados de inversión de las CER africanas. De hecho, los Estados miembros pueden imponer requisitos de rendimiento para promover los beneficios de las inversiones para el desarrollo nacional[1977] . Los Estados receptores pueden imponer ciertas medidas clave a los inversores extranjeros para reforzar el sector privado nacional y el contenido local. También pueden utilizarlas para transferir tecnología, un proceso de producción u otros conocimientos patentados a un nacional o una empresa del territorio del Estado miembro, de conformidad con las normas y procedimientos pertinentes acordados mutuamente.

Con el fin de hacer de las inversiones extranjeras un motor de desarrollo social, todos los textos estudiados obligan a los operadores económicos extranjeros a participar en la creación de empleo y en la formación de los nacionales de los países de acogida. Estos últimos tienen derecho a animar a los inversores extranjeros a realizar prácticas que puedan contribuir al bienestar social de las comunidades de acogida[1978] .

---

[1976] Artículo 15 (b) de ECOWIC.

[1977] Véase artículo 21 del Modelo de TBI de la SADC, artículo 31 § 4 de la CEDEAO, artículo 13 del Acuerdo revisado del COMESA, artículo 16 del Modelo de Tratado de Inversión de la CAE.

[1978] Cf. artículo 21 § 2 del Modelo de TBI de la SADC, artículo 16 § 2 del Modelo de Tratado de Inversión de la CAE, artículo 17 § 1 (c) de la CEDEAO.

La esencia de los requisitos de rendimiento contenidos en ECOWIC es particularmente impresionante. Llega incluso a definir ciertos criterios para que un Estado anfitrión pueda evaluar una inversión propuesta. Estos criterios son *"a) el tamaño de la inversión; b) la participación en la aplicación de planes económicos y sociales; c) la creación de empleo y la formación profesional; d) el uso de tecnología y equipos adecuados; e) la prioridad del uso de materias primas locales y, en general, de productos locales; el domicilio social en un Estado miembro y; g) el informe de evaluación del impacto medioambiental y social"*[1979] . Esta disposición refleja claramente el refuerzo del poder regulador de los Estados miembros de las CER africanas en materia de inversión. Son los inversores quienes pierden así su antigua omnipotencia.

## Título II. El restablecimiento juicioso del equilibrio entre las partes

Durante mucho tiempo, la gran mayoría de los tratados de inversión se caracterizaron por un desequilibrio. Esta tendencia ya se ha superado. Los recientes tratados regionales de inversión han introducido obligaciones directas para los inversores ***(capítulo 1)*** y han adaptado los mecanismos de solución de diferencias a su medida ***(capítulo 2).***

### *Capítulo 1. Previsión de las obligaciones de los inversores*

Los nuevos instrumentos jurídicos de las CER africanas han abandonado el régimen sobreprotector del inversor que ha prevalecido durante mucho tiempo en sus diversos convenios de inversión. Aparte de la cláusula de "conformidad con la legislación" del país anfitriones, todos los textos regionales de inversión estudiados prevén obligaciones muy audaces para los inversores: obligaciones estrictamente vinculadas a las operaciones de inversión y obligaciones exorbitantes en el sector puramente económico.

Por lo que respecta a las primeras, en particular las obligaciones directamente vinculadas a las actividades económicas de los inversores, las CER africanas exigen sobre todo a los inversores que cumplan las mejores prácticas de gobierno corporativo. El acuerdo COMESA establece, por ejemplo, que "*los inversores de COMESA y sus inversiones deberán cumplir o superar las normas nacionales e internacionales de gobierno corporativo aceptadas para el sector de que se trate, en particular en materia de transparencia y en la aplicación de*

[1979] Traducción del artículo 31 § 7 de ECOWIC.

*normas de contabilidad internacionalmente aceptadas"*[1980]. Se pueden encontrar disposiciones similares en otros textos regionales.

El planteamiento de las CER africanas al establecer este concepto como una obligación para los inversores es comprensible, ya que los gobiernos africanos han observado que la mala gobernanza empresarial ha impedido al sector privado africano movilizar recursos financieros en los mercados financieros nacionales e internacionales y operar de forma transparente y socialmente responsable. Estas organizaciones de integración económica también han insistido en el deber de ética y responsabilidad de los inversores en la realización de sus negocios, prohibiendo tajantemente las prácticas corruptas y poco éticas que plagan las operaciones de inversión en sus Estados miembros[1981] .

En cuanto a las obligaciones indirectamente vinculadas a las operaciones de inversión, nos referiremos principalmente a la prominencia de las obligaciones medioambientales, sociales y políticas en los documentos recientemente adoptados por las CER africanas. Dado que el desarrollo sostenible está en el centro del nuevo régimen jurídico africano para la inversión, es la base de las nuevas normativas y políticas regionales en materia de inversión. Las obligaciones medioambientales se refieren a la obligación que tienen ahora los inversores de realizar una evaluación previa del impacto medioambiental y social de las actividades previstas. Una vez aprobadas, se les exige que lleven a cabo sus actividades de acuerdo con las buenas prácticas de gestión medioambiental[1982] .

El contenido de las obligaciones sociales y políticas se refiere a la exigencia de respetar los derechos de las comunidades locales y de los trabajadores empleados por los inversores[1983] , así como al deber de los inversores de respetar determinadas obligaciones sociopolíticas. Es difícil no sorprenderse por esta segunda categoría de obligaciones, que constituye de hecho una novedad en el régimen internacional de inversiones. Los nuevos textos regionales obligan a los inversores a respetar la soberanía nacional de los Estados en los que operan[1984] . Las CER africanas están sin duda muy avanzadas en esta lucha por recuperar la soberanía de sus Estados miembros. No han dudado en exigir el respeto de los

[1980] Artículo 26 § 1 del Acuerdo COMESA revisado.
[1981] Vease artículo 38 del ECOWIC, artículo 10 del Modelo de TBI de la SADC, artículo 11 del Modelo de Tratado de la CAE, artículo 28 del Acuerdo revisado del COMESA.
[1982] Vease artículo 31 § 2 del Acuerdo revisado COMESA, artículo 27 § 1 de ECOWIC, artículo 31 § 3 del Modelo de TBI de la SADC.
[1983] Cf. artículo 29 del Acuerdo COMESA revisado, artículo 15 § 1 del Modelo de TBI de la SADC, artículo 14 del ECOWIC,
[1984] Artículo 24 § 1 del modelo de TBI de la SADC. Artículo 27 § 1 (a) y (b) del acuerdo revisado COMESA; artículo 32 § 1 (a) de ECOWIC.

objetivos y valores socioculturales[1985] . Sería poco decir que su apego al principio de soberanía ha llevado a prohibir la injerencia de los inversores en los asuntos políticos de los Estados anfitriones.

## *Capítulo 2. La adaptación de los mecanismos de solución de diferencias*

Los Estados africanos estaban totalmente descontentos con el régimen internacional de inversiones. Afectaba tanto a los aspectos sustantivos de este régimen como a los relativos a la resolución de litigios. Por ello, las CER africanas no se contentaron con reorientar las normas sustantivas de protección de los inversores y sus inversiones. También se han revisado las normas de procedimiento.

La solución de diferencias en materia de inversiones ha sido objeto de una verdadera modulación en sus textos sobre inversiones. Antaño corona de una gloria sin precedentes, el mecanismo de arreglo de controversias Inversor – Estado parece vivir sus horas más oscuras en el continente africano. El arbitraje internacional, encarnación de este mecanismo, está siendo maltratado por la opinión pública africana, reacia a mantener su configuración tradicional.

Las quejas planteadas en los acuerdos regionales contra este método de resolución de conflictos se refieren a la configuración de los tribunales de arbitraje y al procedimiento y la jurisprudencia resultantes de los laudos ya dictados. Entre las razones para revisar el mecanismo de arreglo de controversias Inversor – Estado figura la escasa representación de árbitros africanos en los tribunales de arbitraje, a pesar de que la mayoría de los casos afectan a Estados africanos. Esta situación corre el riesgo de generar -o ya está generando- un sentimiento de alienación por parte de los Estados africanos[1986] . El coste excesivo del arbitraje, la sospecha de falta de independencia e imparcialidad y la falta de coherencia y previsibilidad de los laudos arbitrales son sólo algunos de los problemas.

Por lo tanto, se reformulará este mecanismo, restringiéndose en primera instancia el acceso al arbitraje. En virtud de los Acuerdos COMESA y ECOWIC, los inversores deben agotar los recursos internos antes de iniciar un procedimiento de arbitraje contra el Estado anfitrión[1987] . Los modelos de TBI de la SADC y la CAE han optado por la vía radical al

**1985** Cf. artículo 24 § 1 (b) del Modelo de TBI de la SADC, artículo 27 § 1 (b) del Acuerdo revisado de COMESA, artículo 32 § 1 (c) de ECOWIC.
**1986** Vease ANGELET (N.), "La promotion des arbitres africains : pour une appropriation panafricaine du contentieux des investissements", *Annuaire Africain de Droit International*, Vol. 24, p. 143.
**1987** Artículo 54 § 4 de ECOWIC.

rechazar tácitamente el mecanismo RDIE[1988]. Además, las CER africanas, en sus nuevos textos, han abogado por trasladar el arbitraje de inversiones a instituciones jurisdiccionales o arbitrales africanas. Ahora se recurre al Tribunal de Justicia de la CEDEAO, al Tribunal de Justicia del COMESA, al Tribunal de Justicia de la CAE y, en cierta medida, al Tribunal de Justicia de la SADC. El florecimiento de las instituciones de arbitraje en el continente africano es también una expresión de ello.

Además, los redactores de los acuerdos regionales de inversión parecen preferir los mecanismos amistosos de solución de diferencias. En caso de controversia entre un inversor y el Estado receptor, favorecen vías amistosas como la consulta y la negociación, así como la mediación y la conciliación. Por otra parte, a través de los nuevos instrumentos jurídicos regionales, los Estados parecen estar volviendo con fuerza a los litigios interestatales como medio de solución de controversias en materia de inversión. En resumen, si bien los Estados africanos han catalizado el sistema del CIADI y cristalizado la jurisprudencia internacional en materia de inversiones, posteriormente han resuelto moldear los mecanismos de solución de diferencias a su gusto[1989] con el único objetivo de limitar el poder de los inversores.

[1988] Artículo 23 del Modelo de TBI de la CAO.

[1989] Véase MBENGUE (M. M.), "'Somethin' ELSE': African Discourses on ICSID and on the ISDS-An Introduction", *ICSID Review*, Vol. 34, N° 2, 2019, pp. 259-269.

# PARTE II. LA "CONTINENTALIZACIÓN" GRADUAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES

Por muy innovadoras que sean las iniciativas de las CER africanas en materia de regulación de las inversiones, también se han vuelto engorrosas en una red ya saturada de tratados de inversión. Concebidos inicialmente como herramientas para armonizar las normas y políticas de inversión de los Estados miembros de estas diversas organizaciones, los instrumentos jurídicos regionales en materia de inversión se han convertido en una fuente de confusión. Los gobiernos africanos se han dado cuenta de que sólo es posible desenredar este "plato de espaguetis" adoptando una visión continental de las normas que deben regir la inversión. Consideraron urgente prever un enfoque panafricano de la regulación de las inversiones **(Título I).** Sin embargo, dadas las deficiencias de este noble y ambicioso enfoque, es importante trabajar para cristalizar la integración continental en la regulación de las inversiones (**Sección II).**

## Título I. Una "panafricanización" observable de las normas de inversión

La "panafricanización" se refiere al intento de los Estados miembros de la UA de crear un marco jurídico armonizado a escala continental. Para ello, esbozarán contornos normativos nuevos e innovadores que deberían evitar la fragmentación de los acuerdos de inversión existentes a nivel local y regional ***(Capítulo 1).*** Intentemos evaluar el impacto de este enfoque continental sobre el marco jurídico existente en la materia ***(Capítulo 2).***

### *Capítulo 1. Innovaciones panafricanas en la regulación de las inversiones*

Redactado por un comité de expertos en derecho de las inversiones y adoptado oficialmente por los ministros responsables de economía, finanzas e integración de los Estados miembros de la UA reunidos en Nairobi (Kenia) en 2016, el Código Panafricano de Inversiones (PAIC) es el primer producto de la voluntad de los Estados africanos de racionalizar los acuerdos de inversión negociados a nivel bilateral y regional. Claramente innovador, es la expresión material de un consenso a escala continental sobre la configuración del derecho internacional de las inversiones en África.

El texto panafricano sitúa el desarrollo sostenible de los países anfitriones en el centro de sus preocupaciones. Pero si hay algo nuevo en el PAIC que realmente atenta contra esta ambición, es la omisión de la protección previa al establecimiento y de la norma de trato justo y equitativo de que podrían disfrutar los inversores. A raíz de la omisión de esta norma, argumentaron que este enfoque es más adecuado para garantizar la aplicación de los

objetivos de desarrollo sostenible. Del mismo modo, el texto continental ha subrayado las responsabilidades que las partes interesadas deben asumir con vistas al desarrollo sostenible de los Estados de acogida[1990] .

A pesar de los loables avances contenidos en el PAIC, este texto contiene varias deficiencias formales y materiales. Inicialmente destinado a ser un "Código" de inversiones jurídicamente vinculante, finalmente se adoptó como un instrumento de orientación, una guía para uso de los Estados miembros de la UA, una medida que socavó el proyecto de armonizar el derecho de inversiones en el continente africano. Las deficiencias materiales están relacionadas con el carácter relativamente proteccionista y discriminatorio del PAIC.

Además de la creación de la ZLECAf y como extensión de la "panafricanización" de las normas de inversión, el 19 de febrero de 2023 los Estados africanos adoptaron un instrumento jurídico de inversión de *"hard law"*: el Protocolo de Inversión de la ZLECAf. Este instrumento, que aún no ha entrado en vigor, y cuyas negociaciones se inspiraron en parte en el PAIC, reaviva las esperanzas de un régimen jurídico moderno en materia de inversiones aplicable a todos los Estados miembros del nuevo espacio económico creado. Sus negociadores también se centraron en el desarrollo sostenible de los Estados africanos a través de la promoción y facilitación de inversiones "sostenibles"[1991]. En cuanto a la resolución de litigios en materia de inversiones, este protocolo prevé la adopción de un anexo que contenga los mecanismos acordados durante las negociaciones[1992].

## *Capítulo 2. Implicaciones del enfoque panafricano de la regulación de las inversiones*

Más de cinco años después de la adopción del Código Panafricano de Inversiones, conviene evaluar sus resultados comparando los objetivos anunciados en el mismo con las repercusiones observadas en las CER y los Estados africanos. Dado que la adopción del Protocolo de inversión de la ZLECAf aún no ha entrado en vigor, no se puede prever en este momento una evaluación de sus implicaciones.

El examen del impacto del enfoque panafricano de la inversión lleva a la conclusión de que el PAIC sigue buscando influencia en los ordenamientos jurídicos regionales y

**1990** Véase el artículo 23 y siguientes del PAIC.
**1991** Véase el Capítulo 2 del *Protocolo sobre Inversión del Acuerdo por el que se establece la Zona de Libre Comercio Continental Africana - Borrador.*
**1992**Véase el artículo 46 del *Protocolo sobre Inversión del Acuerdo por el que se establece la Zona de Libre Comercio Continental Africana - Borrador.*

nacionales de los Estados africanos. Cuando examinamos los esfuerzos por armonizar el régimen jurídico de la inversión en África desde una perspectiva regional, vemos que la contribución de las CER ha sido gradual. Conscientes de la dispersión de sus primeros instrumentos jurídicos en materia de inversión[1993] , las CER, gracias al esbozo de un enfoque continental de la regulación de las inversiones por parte de la UA, han podido introducir cambios que, en general, son convergentes.

Existe una convergencia entre los objetivos y definiciones adoptados por el PAIC y los de los textos elaborados por las CER africanas. Además, han surgido similitudes en varias disposiciones sustantivas y de procedimiento contenidas en el texto continental y en los instrumentos jurídicos regionales. En algunos casos, se trata de reproducciones literales por parte de las CER africanas de ciertas normas sustantivas del primer texto sobre inversiones adoptado a nivel continental. No obstante, se ha puesto de manifiesto que la apropiación del PAIC por los acuerdos regionales de inversión, aunque apreciable, sigue siendo aproximativa.

Tras analizar el impacto del PAIC en los textos legislativos, contractuales y convencionales adoptados por los países africanos en materia de inversión, el panorama es menos halagüeño. Escrutado en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, el régimen jurídico africano de las inversiones sigue estando minado por la fragmentación debida a la persistente adopción de TBI incoherentes y a la avalancha de legislaciones nacionales en materia de inversiones que, a pesar de su relativa modernidad, parecen no tener en cuenta las directrices del PAIC.

Al negociar TBI intraafricanos, los Estados deben asegurarse de tener debidamente en cuenta las cláusulas establecidas en el PAIC. El ejemplo de dos TBI firmados por Marruecos con otros Estados africanos revela que los negociadores no fueron fieles al código panafricano. El TBI Marruecos-Nigeria de 2016, posiblemente el más moderno de los TBI intraafricanos[1994], contiene no obstante varias incoherencias con el PAIC. En cuanto al más reciente, a saber, el TBI Marruecos-Congo de 2018, no muestra ninguna armonía con el

**1993** Véanse el Acuerdo de Inversión de COMESA de 2007, el Modelo de TBI de la CAO de 2006, el Protocolo sobre Finanzas e Inversión de la SADC de 2006 y el Acta Suplementaria sobre Normas Comunitarias de la CEDEAO adoptada en 2008. Todos estos textos tienen el mérito de representar las primeras normativas de inversión de las CER estudiadas. No obstante, contenían lagunas que los textos recientes han corregido, en cierta medida, inspirándose en algunas de las disposiciones del Código Panafricano de Inversiones.

**1994** Véase NYOMBI (C.), MORTIMER (T.), RAMSUNDAR (N.), "The Morocco - Nigeria BIT: Towards a New Generation of Intra-African BITs", *International Company and Commercial Law Review,* vol. II. 29, n.º 2, 2018, pp. 69-80.

enfoque panafricano de la regulación de las inversiones. No es sorprendente que la incoherencia de los TBI celebrados por los Estados africanos con sus socios económicos extranjeros sea mucho más pronunciada. Testigo de ello son el TBI Japón-Costa de Marfil de 2020, el TBI Japón-Marruecos de 2020, el TBI Burkina Faso-Turquía de 2019, el TBI Malí-Emiratos Árabes Unidos de 2018 y el TBI Ruanda-Singapur de 2018[1995], etc.

El carácter unilateral de la elaboración de las leyes nacionales de inversión debería facilitar su conformidad con el Código Panafricano de Inversiones. Sin embargo, los gobiernos africanos no han mostrado ninguna voluntad real de hacerlo. No hay más que ver el contenido de algunas leyes nacionales de inversión, como el nuevo Código de Inversiones de Togo, la ley nacional de Burkina Faso sobre inversiones, etc., para convencerse. Además, sería difícil prever, por ejemplo, una remodelación de la *Ley de Protección de las Inversiones de Sudáfrica* de 2015 y de la *Ley de Protección de las Inversiones de Namibia* de 2016 en la línea del PAIC.

## Título II. La deseable cristalización de la integración regional en materia de inversión

A pesar de las buenas intenciones de las CER africanas a la hora de regular las inversiones, persiste la discordancia entre los instrumentos jurídicos adoptados a todos los niveles. Sería deseable que los Estados miembros de la Unión Africana previeran una zona continental de inversión regida por normas armonizadas y apoyada por instituciones perfectamente coordinadas[1996]. La coherencia efectiva del marco jurídico continental ***(Capítulo 1),*** así como la existencia real, y no meramente textual, de instituciones eficaces, favorecerían una sólida integración regional en materia de inversiones ***(Capítulo 2).***

### *Capítulo 1. Construir un marco jurídico continental coherente*

Habida cuenta de la incompatibilidad de las normas de fondo y de procedimiento contenidas en los textos jurídicos africanos relativos a la inversión, la llegada de la ZLECAf podría tener una virtud reparadora, a condición de que las leyes y reglamentos en materia de inversión vigentes a todos los niveles se adapten a su Protocolo sobre la Inversión. La coherencia sistémica del marco jurídico continental en materia de inversión debe ser la

[1995]Disponibles en https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements.

[1996] PAEZ (L.), "Bilateral Investment Treaties and Regional Investment Regulation in Africa: Towards a Continental Investment Area?", *JWIT,* 2017, p. 403.

continuación de la competencia normativa que ha difuminado durante mucho tiempo los puntos de referencia para la aplicación de los textos sobre inversión.

Con vistas a construir un mercado continental de inversiones, la racionalización de todos los instrumentos jurídicos de inversión en el continente es sin duda el medio más eficaz para establecer un marco jurídico coherente para la inversión. Aportar coherencia al régimen jurídico de la inversión exige un reajuste de la legislación nacional en relación con el marco jurídico continental que rige la inversión. Las leyes y políticas nacionales en materia de inversión deben elaborarse a la luz del texto continental en la materia. Lo mismo se aplica a los contratos de inversión.

Sin embargo, parece más urgente hacer hincapié en la obligación de los Estados africanos de buscar la armonía entre el Protocolo sobre Inversión de la ZLECAf y los numerosos acuerdos internacionales de inversión de los que son parte. En primer lugar, sería preferible que los Estados africanos previeran una normalización de los TBI que han celebrado entre sí (TBI intraafricanos). Dado que el Protocolo sobre inversión de la ZLECAf pretende regular esta categoría de tratados, sería conveniente que este texto sustituyera a los TBI intraafricanos existentes e impidiera la celebración de futuros TBI.

Por lo que respecta a los TBI celebrados con sus socios económicos extranjeros (TBI extraafricanos), los Estados africanos deberían asegurarse de que cumplen las líneas generales del Protocolo de la ZLECAf. Para armonizar los TBI existentes, los Estados africanos deberían proceder a su renegociación o denuncia, mientras que los futuros TBI deberían negociarse teniendo en cuenta las reformas del régimen jurídico de las inversiones a nivel continental.

Dado que existe una fuerte correlación entre las inversiones y otros sectores como el comercio, los derechos de propiedad intelectual y la competencia, es imperativo garantizar una buena coordinación entre el Protocolo de la ZLECAf sobre inversiones y los demás que regulan estas cuestiones. Ya se han adoptado protocolos sobre el comercio de bienes y servicios, así como sobre los derechos de propiedad intelectual y la política de competencia. También está prevista la futura adopción de un Protocolo sobre comercio electrónico. La creación de un espacio común de inversión sólo podrá ser un remedio eficaz a la fragmentación del marco jurídico africano en materia de inversión si se establece una armonía entre esta panoplia de textos.

## *Capítulo 2. Construir un marco institucional continental eficaz*

La integración económica regional es imperativa en África, ya que tiene la capacidad de reunir e incluso unificar los bloques regionales africanos. La búsqueda de una *integración profunda* en lugar de una *integración superficial* de las CER existentes[1997] debería ser la búsqueda de los Estados africanos. Éstos deben esforzarse constantemente por racionalizar las organizaciones regionales de las que son miembros, con el fin de esbozar una unidad institucional en la regulación de las operaciones de inversión en el continente**.**

Con vistas a la creación de un mercado común, debe institucionalizarse la deseada regulación uniforme de las inversiones. La ZLECAf supone un paso decisivo hacia una integración más profunda. En la actualidad, las relaciones entre las CER y la UA siguen siendo difusas. La creación de la ZLECAf podría intensificar esta confusión si no se definen claramente las relaciones entre este espacio económico y las CER africanas.

Continúa el impulso para "continentalizar" el derecho internacional de inversiones en África. La aspiración subyacente es ver surgir una zona común de inversión. Es una noble aspiración, pero inalcanzable sin una integración institucional avanzada de todos los Estados. Las manifestaciones han confirmado que la regulación de las inversiones a escala continental sólo puede concebirse mediante una integración más estrecha de las instituciones nacionales, comunitarias y continentales. La cooperación entre las instituciones encargadas de facilitar, garantizar y financiar las inversiones es esencial. Reforzarlas sigue siendo un requisito importante. Ignorar las instituciones de prevención y resolución de litigios en este proceso de integración continental sería, sin embargo, una receta para el caos en las operaciones de inversión. Para evitar este escollo, es tan urgente revitalizar las instituciones existentes como evaluar la conveniencia de crear más.

**1997** Véase MINET (G.), "Concurrence et cohérence dans l'organisation internationale: une problématique pertinente pour l'intégration régionale?", *en* FAU-NOUGARET (M.), *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, París, L'Harmattan, 2012, pp. 272-273.

## CONCLUSIÓN

La exasperación causada por la sobreprotección de los inversores ha llevado a los países africanos a tratar de modernizar el marco jurídico de la inversión. La legislación nacional en materia de inversiones estaba plagada de ventajas para los inversores. Los contratos de inversión adolecían de disparidades de trato entre los cocontratantes. En cuanto a los TBI, se caracterizaban por una elasticidad perjudicial para los intereses de los Estados receptores. La exacerbación de los privilegios concedidos a los inversores por estos instrumentos jurídicos de inversión debía contrarrestarse con una normalización de las relaciones entre todas las partes interesadas.

Otro gran reto al que se enfrentaban los Estados africanos era acabar con la dispersión de las políticas y normativas de inversión por todo el continente, para eliminar la perniciosa competencia que esto había engendrado entre ellos. Despertados de su letargo, estos países, dirigidos por sus grupos de interés económico, han dado muestras de un dinamismo sin precedentes. Sus pesares en materia de regulación de las inversiones han estado en el origen de los progresos realizados en el continente en este ámbito. Esto es lo que revela la evolución del derecho internacional de las inversiones en África, analizada a través del prisma del regionalismo.

Los primeros intentos de corregir el vacío y las deficiencias del régimen de inversiones africano se realizaron a escala comunitaria. De hecho, las acciones de las CER africanas formaban parte de una visión para armonizar las normas y políticas de inversión de sus Estados miembros, modernizando al mismo tiempo su contenido sustantivo. Dando este paso, y rompiendo con el clasicismo normativo que ha guiado a sus Estados miembros a la hora de regular la inversión, las CER como COMESA, SADC, CEDEAO y CAE han resuelto reconsiderar la protección que se ofrece a los inversores, así como los mecanismos de resolución de litigios en materia de inversión.

Sin embargo, el carácter innovador del marco jurídico para la inversión establecido por las CER africanas no debe ocultar las desventajas que ha traído consigo. Por el momento, los instrumentos regionales de inversión han sido más incentivos que vinculantes, con el resultado de que las normas y políticas de inversión no se han coordinado de la mejor forma. Por lo tanto, la unidad en la regulación de las inversiones debería sustituir a la multiplicidad de normas contradictorias en este ámbito. La audaz iniciativa emprendida por los Estados africanos de "continentalizar" el derecho internacional de las inversiones responde a esta exigencia. Al mismo tiempo, se han elaborado directrices panafricanas para una regulación

común de las inversiones. El objetivo es devolver la coherencia al derecho de las inversiones para que se rija por una visión de conjunto y se estructure según principios que estén en fase con las necesidades del continente africano.

A pesar de la "continentalización" en curso del régimen jurídico de las inversiones, debemos guardarnos de cualquier júbilo precipitado. Para no oscurecer aún más el panorama jurídico africano en materia de inversiones, es indudablemente necesario que los Estados africanos y las CER a las que pertenecen prosigan sus esfuerzos en pro de la integración continental. Por consiguiente, la modernización del régimen jurídico de las inversiones debe llevarse a cabo conjuntamente con la racionalización de los instrumentos jurídicos que regulan las actividades de los inversores locales y extranjeros. La armonización de los contratos, acuerdos y legislación nacionales en materia de inversión con el Protocolo de Inversiones es una *condición sine qua non* para establecer un marco jurídico coherente dentro de la ZLECAf. Del mismo modo, es de vital importancia que todos los textos jurídicos de este espacio económico, cuyos fundamentos aún deben consolidarse, estén debidamente coordinados. Esto contribuiría a acelerar su aplicación[1998] y, en última instancia, a acelerar el advenimiento de la Comunidad Económica Africana prevista por los padres fundadores de la UA en los albores de la independencia.

Al comienzo de este estudio, que se sumerge en el laberinto y los entresijos del derecho internacional de las inversiones en África, cabe señalar que, en materia de regulación de las inversiones, el estancamiento ha dado paso al dinamismo en el continente. Iniciadas por las CER y extendidas a escala continental, las reformas experimentadas por el régimen africano de inversiones son encomiables. Lo cierto es que el "derecho africano de las inversiones internacionales" está cambiando, evolucionando y perfeccionándose. Sin embargo, tras la belleza irrefutable de los textos y las instituciones, sólo su aplicación por parte de los Estados conducirá a progresos tangibles. Sabiendo que en África existe a menudo un desfase entre las normas adoptadas y la práctica observada, no nos hemos hecho demasiadas ilusiones sobre los efectos positivos de la ola de modernización de los instrumentos de inversión en el continente. Pero como en todas las apuestas, apostemos por que los Estados africanos, en lugar de una regulación archipelágica orquestada internamente, nos sorprendan esta vez con una "panafricanización" efectiva de su régimen jurídico relativo a las inversiones. Hay esperanzas de que cristalice el regionalismo africano en el derecho internacional de las inversiones.

[1998] 2023 ha sido decretado por la UA como el año para acelerar la puesta en marcha de la ZLECAf.

# BIBLIOGRAPHIE

## I. OUVRAGES GÉNÉRAUX


- **AHADZI-NONOU (K.),** *Droits de l'homme et développement en Afrique sub-saharienne : Théories et réalités,* Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2018, 160 p.
- **ÁLVAREZ (A.),** *Le droit international américain : son fondement, sa nature*, Paris, Pedone, 1910, 386 p.
- **ÁLVAREZ (A.),** *Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples*, Paris, Pedone, 1959, 636 p.
- **ANZILOTTI (D.),** *Cours de droit international*, Paris, Librairie de Recueils Sirey, 1929, 556 p.
- **ARNAUD (A-J.),** *Entre modernité et mondialisation - Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État,* Paris, LGDJ, 2e éd, 2004, 328 p.
- **ASCENCIO (H.),** *Droit international économique*, Thémis Droit, PUF, 2è éd., 2018, 376 p.
- **BACH (D. C.),** *Regionalization in Africa, Integration and Disintegration,* Indiana University Press, 1999, 235 p.
- **BAYNE (N.), WOOLCOCK (S.) (ed.),** *The New Economic Diplomacy: Decision-Making and Negotiations in International Economic Relations,* Ashgate, 3rd ed., 2011, 426 p.
- **BELEI (B. B.),** *La nouvelle diplomatie économique en Afrique : Enjeux et paradigmes,* Editions Awoudy, 2022, 196 p.
- **BELHAOUNE-GHERARI (S.), GHERARI (H.),** *Les organisations régionales africaines, Recueil de textes et documents*, Paris, La documentation française, 1988, 462 p.
- **BENNOUNA (M.),** *Droit international du développement : Tiers monde et interpellation du droit international*, Paris, Berger-Levrault, 1983, 335 p.
- **BERGE (J-S.), FORTEAU (M.), NIBOYET (M-L.), THOUVENIN (J-M.), (dir.),** *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales*, Paris, Pedone, 2011, 201 p.
- **BHAGWATI (J.),** *Termites in the Trading System. How Preferential Agreements Undermine Free Trade,* Oxford University Press, 2008, 261 p.
- **BIPOUN-WOUM (J. M.),** *Le droit international africain : problèmes généraux, règlement des conflits*, Paris, LGDJ, 1970, 327 p.
- **BOSSONE (B.) et al. (ed.),** *Legitimacy and Effectiveness in Global Economic Governance,* Cambridge Scholars Publishings, 2013, 435 p.

- **BOY (L.) et al., (dir.),** *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2011, 526 p.
- **BRACK (E.),** *Les mutations du secteur bancaire et financier africain,* Paris, L'Harmattan, 2016, 180 p.
- **CARREAU (D.), JUILLARD (P.) et al.,** *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 6è éd., 2017, 900 p.
- **CASSAN (H.), MERCURE (P-F.), BERKHECHI (M. A.),** *Droit international du développement,* Paris, Pedone, 2019, 628 p.
- **CHARREAUX (G.) (dir.),** *Le gouvernement de l'entreprise : Corporate Governance, Théories et Faits,* Economica, Paris, 1997, 540 p.
- **DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.),** *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, 1720 p.
- **DANGEZANA (E.),** *La diplomatie économique à l'épreuve de nouveaux défis,* Paris, L'Harmattan, 2023, 210 p.
- **DELVOLVE (P.),** *Droit public de l'économie*, Dalloz, 2è édition, 2021, 660 p.
- **DIEZ DE VELLASCO VALLEJO (M.),** *Les organisations internationales*, Paris, Economica, 2002, 919 p.
- **DISTEFANO (G.),** *Fundamentals of Public International Law: A Sketch of the International Legal Order,* Queen Mary Studies in International Law Series, 2019, 953 p.
- **DJIENA WEMBOU (M. C.),** *L'OUA à l'aube du XXI è siècle : bilan, diagnostic et perspectives*, Paris, LGDJ, 1993, 440 p.
- **DUPUY (P-M.), KERBRAT (Y.),** *Droit international public,* 15è édition, Paris, Dalloz, 2020, 960p.
- **FAUNDEZ (J.), TAN (C.), (dir.),** *International Economic Law, Globalization and Developing Countries,* Edward Elgar Publishing, Massachussets, 2010, 512 p.
- **FAU-NOUGARET (M.) (dir.),** *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 103.
- **FERNÁNDEZ (J.),** *Relations internationales*, Paris, Dalloz, 2è édition, 2019, 782 p.
- **FERNÁNDEZ LIESA (C.), CANO LINARES (A.) (Coord.),** *Los procesos de integración ante la crisis financiera internacional*, Madrid, Arazandi Civitas, 2012, 354 p.

- **FEUER (G.), CASSAN (H.),** *Droit international du développement*, Paris, Dalloz, 1991, 612 p.
- **FLORY (M.),** *Droit international du développement*, PUF, Paris, 1977, 336 p
- **GABA (L.),** *L'État de droit, la démocratie et le développement économique en Afrique subsaharienne,* Paris, L'Harmattan, 2000, 400 p.
- **GESLIN (A.), JOUANNET (E. T.) (dir.),** *Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international*, Aix-en-Provence, Droits international, comparé et européen, 2019, 193 p.
- **GHERARI (H.),** *Les dérèglements économiques internationaux : crise du droit ou droit des crises?* Paris, Pedone, 2014, 286 p.
- **GLELE-AHANHANZO** (M.), *Introduction à l'Organisation de l'unité africaine et aux organisations internationales africaines,* Paris, LGDJ, 1986, 574 p.
- **GONIDEC (P-F.),** *Les droits africains : évolution et sources*, Paris, LGDJ, 1976, 260 p.
- **HEFFTER (W.),** *Le droit international de l'Europe*, Paris, Cotillon, 1883, 576 p.
- **HINOJOSA MARTÍNEZ (L. M.), ROLDÁN BARBERO (J.), (coord.),** *Derecho internacional económico,* Madrid, Marcial Pons, 1 a ed., 2010, 416 p.
- **HINOJOSA MARTÍNEZ (L. M.), ROLDÁN BARBERO (J.), (coord.),** *Derecho internacional económico,* Tirant lo Blanch, 2a ed., 2022, 486 p.
- **HOWSE (R.) et al. (ed.),** *The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals,* Cambridge University Press*,* 2018, 534 p.
- **ILLY (O.),** *L'OMC et le régionalisme, le régionalisme africain*, Bruxelles, Larcier, 2012, 333 p.
- **ITEN (J. L.), BISMUTH (R.), CREPET DAIGREMONT (C.), LE FLOCH (G.), DE NANTEUIL (A.),** *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale,* Paris, Dalloz, 2021, 804 p.
- **JACKSON (W.), (dir.),** *Intégrations économiques internationales : Idéologies, méthodes institutionnelles et dynamiques spatiales,* Classiques Garnier, 2023, 186 p.
- **JEMIELNIAK (J.), NIELSEN (L.), OLSEN (H. P.),** *Establishing judicial Authority in International Economic Law*, Cambridge University Press, 2016, 344 p.
- **KOAGNE ZOUAPET (A.) (ed.),** *60 Years After Independence: Africa and International Law. Views from a Generation,* Pretoria University Law Press, 2023, 547 p.

- **KODJO (E.),** *Et demain l'Afrique*, Paris, Stock, 1985, 366 p.
- **KWAM KOUASSI (E.),** *Les organisations internationales africaines,* Berger-Levrault, Coll. Monde en devenir, 1987, 485 p.
- **LAGRANGE (E.), SOREL (J-M.), (dir.),** *Traité de droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, 1198 p.
- **LAVERGNE (R.) (dir.),** *Intégration et coopération régionales en Afrique de l'Ouest*, Paris-Ottawa, Karthala-CRDI, 1996, 410 p.
- **LE ROY (E.),** *Les Africains et l'institution de la justice-Entre mimétismes et métissages,* Paris, Dalloz, 2004, 320 p.
- **LOUGHMAN (B. P.), SIBERY (R. A.),** *Corruption and Bribery: Navigating the Global Risks*, Hoboken, N. J. Wiley, 2012, 432 p.
- **LOUKAKOU (D.), KEITA (B.) (dir.),** *Défis du droit des affaires en Afrique, Mélanges I,* Paris*,* L'Harmattan, 2020, 256 p.
- **LOWENFELD (A. F.),** *International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2nd ed., 2008, 956 p.
- **MACKAAY (E.) et al.,** *Analyse économique du droit*, 3è édition, Dalloz, 2021, 906 p.
- **MAHIOU (A.),** *Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité : cours général de droit international public,* Martinus Nijhoff Publishers, vol. 337, 2009, 516 p.
- **MARTINEAU (A-C.),** *Le débat sur la fragmentation du droit international,* Bruxelles, Bruylant, 2015, 584 p.
- **MERCURIO (B.), LIM (C. L.) (ed.),** *International Economic Law after the Crisis: A Tale of Fragmented Disciplines,* Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 574 p.
- **MOURALIS (D.), BEN HAMIDA (W.) (dir.),** *L'accord amiable : et après ?* Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2020, 220 p.
- **MVELLE (G.),** *L'Union africaine. Fondements, organes, programmes et actions,* Paris, L'Harmattan, 2007, 466 p.
- **NICINSKI (S.),** *Droit public des affaires,* Paris, LGDJ, 8 è édition, 2021, 906 p.
- **NUBUKPO (K.),** *Une solution pour l'Afrique : du néoprotectionnisme aux biens communs*, Editions Odile Jacob, 2022, 304 p.

- **ONYEMA (E.) (ed..),** *Rethinking the Role of African National Courts in Arbitration*, Kluwer Law International, 2018, 417 p.
- **PELLET (A.),** *Le droit international du développement*, Paris, PUF, 1987, 127 p.
- **ROBERTS (A.) et al., (ed.),** *Comparative International Law,* Oxford University Press, 2018, 640 p.
- **ROLDÁN BARBERO (J.),** *Ensayo sobre el derecho internacional público,* Almería, Universidad de Almería, servicio de publicaciones, 1996, 158 p.
- **ROMAIN (J. F.),** *L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme dans l'ordre juridique : concept et application*, Bruxelles, Bruylant, 1995
- **SALAH (M. M.),** *L'irruption des droits de l'homme dans l'ordre économique international : mythe ou réalité ?* Paris, LGDJ, 2012, 314 p.
- **SALMON (J.),** *Droit international et argumentation*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 498 p.
- **SARR (F.),** *Afrotopia,* Editions Philippe Rey*,* 192 p.
- **SCELLE (G.),** *Précis du droit des gens, Principes et systématique*, Paris, Sirey, 1932, 332 p.
- **SCELLE (G.),** *Une crise de la Société des Nations*, *La réforme du Conseil et l'entrée de l'Allemagne à Genève* Paris, PUF, 1927, 254 p.
- **SERRURIER (E.),** *La résurgence du droit au développement : Recherche sur l'humanisation du droit international,* Paris, Pedone, 2022, 644 p.
- **STERN (B.),** *Un Nouvel ordre économique international ?* Paris, Economica, 1983, 740 p.
- **STIMEC (A.),** *La négociation*, Paris, Dunod, 2005, 120 p.
- **TALL (S. N.),** *Droit des organisations internationales africaines : Théorie générale, droit communautaire comparé, droit de l'homme, paix et sécurité,* Paris, L'Harmattan, 2015, 548 p.
- **TALL (S. N.),** *Droit du contentieux international africain*, Paris, L'Harmattan, 2018, 562 p.
- **TCHEMINA (A.),** *Les évolutions du régionalisme africain*, Paris, L'Harmattan, 2013, 494 p.
- **TCHIKAYA (B.),** *Le droit de l'Union africaine : Principes, institutions et jurisprudences,* Paris, LGDJ, 366 p.
- **TSHIYEMBE (M.),** *Régionalisme et problèmes d'intégration économique : Aléna, Mercosur, Union européenne, Union africaine*, Paris, L'Harmattan, 2012, 206 p.
- **TERRÉ (F.),** *Introduction générale au droit*, 5ème éd., Paris, Précis Dalloz, 2000, 681 p.

- **UKAIGWE (J.),** *ECOWAS Law,* Springer International Publishing, 2016, 372 p.
- **VAN NIEUWENHUIJE,** *Development Begins at Home: Problems and Prospects of the Sociology of Development*, Pergamon, 1982, 346 p.
- **VELLAS (P.),** *Le régionalisme international et l'Organisation des Nations Unies*, Paris, Pedone, 1948, 166 p.
- **VINCENT (P.),** *L'OMC et les pays en développement*, Bruxelles, Larcier, 2010, 398 p.
- **ZARKA (J-C.),** *Droit international public*, Ellipses, 2è éd., 2015, 192 p.
- **ZERK (J.),** *Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and Opportunities in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 339 p.


**II. OUVRAGES SPÉCIALISÉS**


- **ACKERMANN (T.), WUSCHKA (S.) (ed.),** *Investments in Conflits Zones: The Role of International Investment Law in Armed Conflicts, Disputed Territories, and Frozen Conflicts,* Brill Nijhoff, 2020, 491 p.
- **ADELEKE (F.),** *International Investment Law and Policy in Africa. Exploring a Human Right Based Approach to Investment Regulation and Dispute Settlement,* Routledge, 2017, 210 p.
- **ÁLVAREZ (J. E.),** *Public International Law Regime Governing International Investment*, Brill/Nijhoff, 2011, 1334 p.
- **ÁLVAREZ (J.), SAUVANT (K.) (ed.),** *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options,* Oxford University Press, 2011, 308 p.
- **ÁLVAREZ ZARATE (J. M.), ZENKIEWICZ (M.) (coord.),** *El derecho internacional de las inversiones: Desarrollo actual de normas y principios, Universidad Externado de Colombia,* 2021, 955 p.
- **AMBOULOU (H. D.),** *Droit de l'arbitrage et des institutions de médiation dans l'espace OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2015, 316 p.
- **AMBOULOU (H. D.),** *Le droit du développement et de l'intégration économique dans l'espace OHADA,* Paris, L'Harmatttan, 2014, 304 p.
- **ARES (M.), BOULANGER (E.), (ed.),** *L'investissement et la nouvelle économie mondiale : trajectoires nationales, réseaux mondiaux, normes internationales,* Bruxelles, Bruylant, 371 p.

- **AUDIT (M.), BOLLEE (S.), CALLE (P.),** *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Paris, LGDJ, 2014, 766 p.
- **BAETENS (D. F.) (ed.),** *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives,* Cambridge University Press, 2013, 514 p.
- **BEN HAMIDA (W.), CLAY (T.), (dir.),** *L'argent dans l'arbitrage,* Lextenso Editions, 2013, 224p.
- **BEN HAMIDA (W.), COULEE (F.) (dir.),** *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme: une approche contentieuse,* Paris, Pedone, 2017, 368 p.
- **BEN HAMIDA (W.), NGWANZA (A.), HARELIMANA (J-P.) (dir.),** *Un demi-siècle africain d'arbitrage d'investissement CIRDI,* Paris, LGDJ, 2019, 402 p.
- **BODOMO (A.),** *La globalización de las inversiones en África,* Madrid, Catarata, Casa África*,* 2011, 104 p.
- **BONOMO (S.),** *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements et souveraineté des États,* Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, 374 p.
- **BROWN (Ch.), (ed.),** *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press, 2013, 1018 p.
- **BUNGENBERG (M.) et al. (ed.),** *International Investment Law: A Handbook,* Hart Publishing 2015, 1952 p.
- **BUNGENBERG (M.), REINISH (A.),** *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to Multilateral Investment Court: Options regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement »,* European Yearbook of International Economic Law, 2nd ed, 2019, 222 p.
- **CHAISSE (J.), CHOUKROUNE (L.) JUSOH (S.), (eds),** *Handbook of International Investment Law and Policy*, Singapore, Springer, 2019, 2702 p.
- **CHARVIN (R.),** *L'investissement international et le droit au développement*, Paris, L'Harmattan, 2002, 203 p ;
- **CLAVERT (J.) (dir.),** *The Politics of Investment Treaties in Latin America*, Oxford Academic Books, 2022, 272 p.

▪ **CLEIS (M. N.),** *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current case law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions*, Leiden, Brill Nijhoff, 2017, 290 p.

▪ **COLLINS (D.),** *Performance Requirements and Investment Incentives under International Economic Law*, Edwards Elgar Publishings, 2015, 288 p.

▪ **CORDONIER SEGGER (M-C.), NEWCOMBE (A.), GEHRING (M.),** *Sustainable Development in World Investment Law,* Kluwer Law International BV, The Netherland, 2011, 902 p.

▪ **CRAIK (N.),** *The International Law of Environmental Impact Assessment: Process, Substance and Integration,* Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 332 p.

▪ **CREPET DAIGREMONT (C.),** *La clause de la nation la plus favorisée,* Paris, Pedone, 506 p.

▪ **DE BRABANDERE (E.), GAZZINI (T.),** *Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests*, Brill, 2014, 286 p.

▪ **DE BRABANDERE (E.), GAZZINI (T.), KENT (A.), (dir.),** *Public Participation and Foreign Investment Law: From the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes,* Brill, Martin Nijhoff, 2021, 462 p.

▪ **DE NANTEUIL (A.),** *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 3è éd., 2020, 564 p.

▪ **DE NANTEUIL (A.) (dir.),** *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale : réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2015, 376 p.

▪ **DE NANTEUIL (A.),** *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement,* Paris, Pedone, 2014, 650 p.

▪ **DOLZER (R.), SCHREUER (S.),** *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, 417 p.

▪ **DOUGLAS (Z.), PAUWELYN (J.), VIÑUALES (J.),** *The Foundations of International Investment Law: Bridging Theory into Practice,* Oxford University Press, 2014, 586 p.

▪ **DUPUY (P-M.), PETERSMANN (E-U.), FRANCIONI (F.), (ed.),** *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 597 p.

- **DUPUY (P-M.), PETERSMANN (E-U.), FRANCIONI (F.),** *Human Rights in International Investment Law and Arbitration,* Oxford, Oxford University Press*,* 2009, 648 p.
- **ECHANDI (R.), SAUVE (P.) (ed.),** *Prospects in International Investment Law and Policy: World Trade Forum*, Cambridge University Press, 2013, 474 p.
- **EL CHAZLI (K.),** *L'impartialité de l'arbitre. Etude de la mise en œuvre de l'exigence d'impartialité de l'arbitre,* Paris, LGDJ, 2020, 604 p.
- **EL GHADBAN, MAZUY (C-M.), SENEGACNIK (A.), (dir.),** *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'État ? – The protection of foreign Investment : A Reaffirmation of the State ?* Paris, Pedone, 196 p.
- **FACH GÓMEZ (K.) (dir.),** *La política de la Unión Europea en materia de derecho de las inversiones internacionales,* Barcelona, J. M. BOSCH editor, 2017, 408 p.
- **FACH GÓMEZ (K.), GOURGOURINIS (A.), TITI (C.), (ed.),** *International Investment Law and the Law of Armed Conflict*, EYIEL, 2019, 340 p.
- **FAUNDEZ (J.), TAN (C.), (ed.),** *International Economic Law, Globalization and Developing Countries,* Massachusetts, Edward Elgar Publishing, , 2010, 512 p.
- **FAUVARQUE-COSSON (B.), WALD (A.), (dir.),** *L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI è siècle. Aspects de droit comparé,* Société de législation comparée, 2008, 422 p.
- **FERNÁNDEZ MASÍA (E.),** *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras,* Madrid, Marcial Pons, 2008, 180 p.
- **FRANCK (S. D.),** *Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration,* Oxford University Press, 2019, 368 p.
- **GAILLARD (E.),** *La jurisprudence du CIRDI,* Paris, Pedone, Vol. II, 2010, 750 p.
- **GHOUFRANE (A.), SILEM (A.) (dir.),** *Zone de libre-échange continental et intégration africaine,* Paris, L'Harmattan, 2020, 244 p.
- **GILLES (A.),** *La définition de l'investissement international,* Bruxelles, Larcier, 1è éd., 2012, 534 p.
- **HAPPOLD (M.), ROE (T.), DINGEMANS QC (J.),** *Settlement of Investment Disputes under the Energy Treaty Charter*, Cambridge University Press, 2011, 249 p.
- **HIEZ (D.), MENETREY (S.) (dir.),** *L'effectivité du droit économique dans l'espace OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2016, 406 p.

- **HINDELANG (S.), KRAJEWSKI (M.) (ed.),** *Shifting Paradigm International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford University Press, 2016, 484 p.
- **HODU (Y. N.), MBENGUE (M. M.) (ed.),** *African Perspectives in International Investment Law*, Manchester University Press, 2020, 304 p.
- **HORCHANI (F.) (dir.),** *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre,* Paris, Pedone, 2006, 338 p.
- **JACOBS (S.), COOLDIGE (J.),** *Reducing Administrative Barriers to Investments. Lessons Learned,* World Bank Publications, 2006, 33 p.
- **KAHN (Ph.), WÄLDE (Th) (dir.),** *Les aspects nouveaux de droit des investissements internationaux-The New Aspects of International Investment Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, 1036 p.
- **KALICKI (J. E.), JOUBIN-BRET (A.) (ed.),** *Reshaping Investment-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century,* Brill Nijhoff, 2012, 993 p.
- **KATE (M.),** *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and Safeguarding of Capital,* Cambridge University Press, 2013, 464 p.
- **KEBE (M.),** *The African Continental Free Trade Area and the Future of Investor-State Dispute Settlement in Africa*, Intersentia, 1st ed., 2023, 224 p.
- **KENFACK-DOUAJNI (G.) (dir.),** *L'arbitrage en matière commerciale et des investissements en Afrique*, Presses de l'université de Pau et du Pays de l'Adour, 2017, 406 p.
- **KESSEDJIAN (C.), LEBEN (Ch.) (dir.),** *Le droit européen et l'investissement,* Editions Panthéon Assas/LGDJ, 2009, 171 p.
- **KESSEDJIAN (C.),** *Le tiers impartial et indépendant en droit international : juge, arbitre, médiateur, conciliateur,* Livre de poche de l'académie du droit international de la Haye, Brill Nijhoff, 2020, 828 p.
- **KLÄGER (R.),** *Fair and Equitable treatment in International Investment Law,* Cambridge University Press, 2011, 367 p.
- **KURZ (J.),** *The WTO and International Investment Law,* Cambridge University Press, 2016, 299p.
- **LAVIEC (J-P.),** *Protection et promotion des investissements, étude de droit international économique,* Geneva, Graduate Institute Publications, 1985, 331 p.

- **LEAL-ARCAS (R.),** *International Trade and Investment Law. Multilateral, Regional and Bilateral Governance,* Cheltenham, Edward Elgar, 2010, 345 p.
- **LEBEN (Ch.) (dir.),** *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational,* Paris, Pedone, 2015, 1142 p.
- **LEBEN (Ch.) (dir.),** *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements,* Paris, LGDJ, 396 p.
- **LEBEN (Ch.),** *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux,* Paris, LGDJ, 2010, 350 p.
- **LOQUIN (E.), MANCIAUX (S.), (coord.),** *El orden público y el arbitraje*, Editorial Universidad del Rosario, 2016, 266 p.
- **LUKE (D.), MacLEOD (J.) (dir.),** *Inclusive Trade in Africa: The African Continental Free Trade Area,* Routledge, 2019, 228 p.
- **MANCIAUX (S.),** *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, Trente années d'activités du CIRDI*, Paris, Litec, 2004, 727 p.
- **MAUREL (R.) (dir.),** *Le droit international des investissements au prisme de l'éthique,* Travaux du CREDIMI, Paris, Litec, 2021, 256 p.
- **MAUREL (R.) (dir.),** *Nouveaux regards sur le droit européen des investissements*, LexisNexis – Credimi, 2023, 300 p.
- **MONEBHURRUN (N.),** *La fonction du développement dans le droit international des investissements*, Paris, L'Harmattan, 2016, 594 p.
- **MUCHLINSKI (P.) et al., (ed.),** *Oxford Handbook of International Investment Law,* Oxford University Press, 2008, 1352 p.
- **NIKIEMA (S. H.),** *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Graduate Institute Publications, 2012, 374 p.
- **OLE VOSS (J.),** *The Impact of Investments Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors,* Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, 361 p.
- **PASCUAL-VIVES (F.),** *La legitimación activa del individuo en el arbitraje de inversión,* Madrid, Arzandi, 2019, 312 p.
- **PRODROMOU (Z.),** *Public Order Exception in International Trade, Investment, Human Rights and Commercial Disputes*, Kluwer Law International, 2020, 360 p.
- **REINISCH (A.) (ed.),** *Standards of protection*, Oxford University Press, 2008, 245 p.

- **REINISCH (A.), SCHREUER (Ch.) (ed.),** *International Protection of Investments: Substantive Standards,* Cambridge University Press, 2020, 1056 p.
- **ROBERT-CUENDET (S.) (dir.),** *Droits des investissements internationaux : perspectives croisées,* Bruxelles, Bruylant, 2017, 672 p.
- **ROBERT-CUENDET (S.),** *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement. Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte,* Martinus Nijhoff, 2010, 530 p.
- **RONDON DE SANSO (H**.), *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*, Exlibis, 2010, 341 p.
- **SACERDOTI (G.) et al., (ed.),** *General Interests of Host States in International Investment Law,* Cambridge University Press, 2014, 461 p.
- **SALACUSE (J. W.),** *The Law of Investment Treaties*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2015, 479 p.
- **SANDERS (A. K.), (ed.),** *The Principle of National Treatment in International Economic: Trade, Investment and Intellectual Property*, Edward Elgar, 2014, 352 p.
- **SATTOROVA (M.),** *The Impact of Investment Treaty Law on Host States: Enabling Good Governance ?*, Hart Publishing, 2018, 220 p.
- **SCHAUFELBERGER (P.),** *La protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement. Etude de la garantie contre les risques de l'investissement et en particulier de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI),* Zürich, Schulthess Polygraphischer, 1993, 638 p.
- **SCHILL (S.), TAMS (C. J.), HOFMANN (R.) (dir.),** *International Investment Law and Development: Bridging the Gap*, Edward Elgar Publishings, Frankfurt, 2015, 488 p.
- **SCHILL (S.),** *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2010, 451 p.
- **SCHREUER (Ch.),** *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University, 2001, 1466 p.
- **SHUAN (W.), SIMONS (P.), SINGH (D.),** *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Hart Publishing, 2008, 516 p.
- **SINGH (K.), ILGE (B.) (eds),** *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policies Choices*, SOMO Publishings, 2016, 295 p.

- **SCHNEIDERMAN (D.),** *Resisting Economic Globalization. Critical Theory and International Investment Law,* London, Palgrave Macmillan, 2015, 218 p.
- **SORNARAJAH (M.),** *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 4th ed., 2017, 574 p.
- **SORNARAJAH (M.),** *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 5th ed., 2021, 696 p.
- **STEGMANN (T. P.),** *Responsibility of the EU and the Member States under EU Investment Protection Agreements: Between Traditional rules, Proceduralisation, and federalisation, EYIEL*, New York, Springer, 2019, 380 p.
- **STRIK (Ph.),** *Shaping the European Single Market in the Field of Foreign Direct Investment,* Hart Publishing, 2014, 288 p.
- **SUBEDI (S.),** *International Investment Law. Reconciling Policy and Principle*, 4th ed, Hart Publishing, 2020, 326 p.
- **SWINNEN (J.), WOUTERS (J.) (ed.),** *Foreign Direct Investment and Human Development: The Law and Economics of International investments Agreements,* Routledge, 2012, 360 p,
- **TITI (A.),** *The Right to Regulate in International Investment Law,* Baden-Baden, Nomos, 376 p.
- **TITI (C.) (ed.),** *Public Actors in International investment Law,* European Yearbook of International Economic Law*,* 2021, 199 p.
- **TUDOR (L.),** *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment,* Oxford University Press, 2008, 315 p.
- **VADI (V.),** *Public Health in International Investment Law and Arbitration,* Routledge, 2012, 248 p.
- **VANHOENNACKER (L.),** *Intellectual Property Rights as Foreign Direct Investments: From Collision to Collaboration,* Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, 320 p.
- **VIÑUALES (J. E.),** *Foreign Investment and the Environment in International Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 408 p.
- **WAIBEL (M.), KAUSHAL (A.), CHUNG (K-H. L.),** *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality,* Kluwer Law International, 2010, 614 p.

- **WÄLDE (W.T.),** *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, IHEI Paris, Université Paris 2, Panthéon-Assas, Paris, Pedone, 2004, 78 p.
- **WANG (A.),** *The Interpretation and Application of the Most-Favored-Nation Clause in Investment Arbitration*, Brill, Nijhoff, 2022, 312 p.
- **WEILER (T.),** *Interpretation of International Investment Law: Equality, discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Martinus Nijhoff, 2013, 572 p.
- **YANNACA-SMALL (K.), (ed.),** *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues,* Oxford, Oxford University Press, 2010, 960 p.
- **YANNICK (R.) (ed),** *Research Handbook on Human Rights and Investment,* Northhampton, Edwar Elgar, 2018, 578 p.


### III. THÈSES ET MÉMOIRES


- **AL JEHNI (R.),** *Règlement des différends relatifs à l'investissement dans le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Etude comparative entre l'arbitrage investisseur – État et les mécanismes de règlement des différends de l'OMC*, Thèse de doctorat en droit public, Université Paris-Est, 2018, 512 p.
- **AMA (O.),** *Investor-State Arbitration and African States: A Proposal for a Pan-African Investment Court,* PhD Thesis, Canterbury Christ Church University, 2020, 304 p.
- **AMADASUN (A. O.),** *L'Afrique: vers une continentalisation du droit international des investissements ?* Mémoire de Master, Université de Genève, 2021, 63 p.
- **AYMAN (R.),** *La dénonciation et la renégociation des traités*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2020, 416 p.
- **BOUTROS-GHALI (B.),** *Contribution à l'étude des ententes régionales*, Thèse de doctorat en droit, Paris, 1949, 247 p.
- **CAILLET (M-C.),** *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des sociétés transnationales*, Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, 2014, 647 p.
- **COULIBALEY (D. B.),** *Les investissements privés étrangers et le développement économique au Togo : approche juridique,* Thèse de doctorat en droit public, Université de Lille II, 1989, 428 p.

- **DANIC (O.),** *L'émergence d'un droit international des investissements : contribution des traités bilatéraux à la jurisprudence du CIRDI,* Thèse de doctorat en droit public, Université Paris-ouest, Nanterre La Défense, 2012, 927 p.
- **DEME (B. H.),** *La garantie internationale des investissements étrangers dans le cadre de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI),* Mémoire de Master 2, Université Jean Moulin Lyon III, 2008-2009, 152 p.
- **DIOP (P. A.),** *La protection internationale des investissements étrangers en Afrique de l'Ouest : Espace CEDEAO (Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest)*, Thèse de doctorat en droit, Université Côte d'Azur, 2018, 502 p.
- **DJAFALA (K.),** *L'intégration juridique des États africains dans le Système Commercial Multilatéral du GATT/OMC,* Thèse de doctorat en droit public, Université de Lomé, 2021, 551 p.
- **EL ISSA (R.),** *La place contestée de l'arbitrage international en droit de l'investissement*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Paris Saclay, 2023, 764 p.
- **FALL (Ch. L.),** *La protection juridique des investissements directs étrangers dans les pays en développement : l'exemple de l'Afrique de l'Ouest*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Bordeaux, 721 p.
- **FARCHACKH (M.),** *L'égalité des armes dans le cadre de l'arbitrage Investisseur – État*, Mémoire de master, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2015-2016, 124 p.
- **GADJI (A. Y.),** *Libéralisation du commerce international et protection de l'environnement,* Thèse de doctorat en droit public, Université de Limoges, 2007, 724 p.
- **GENEST (A.),** *Performance Requirements Prohibitions in International Investment Law,* PhD dissertation, University of Leiden - University of Ottawa, 2017, 274 p.
- **JEAN (G-A.),** *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris-Dauphine-Université autonome de Madrid, 2016, 556 p.
- **KIM (J. A.),** *A Standard Public Order Carve-out as a Means for Balancing Regulatory Interests in International Investment Agreements,* PhD dissertation*,* Seoul School of Law, 2017, 354 p.
- **KOULA (B. M.),** *Le développement durable dans les traités régionaux africains d'investissement : Cas de la CEDEAO et de la SADC*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Bordeaux, 2018, 395 p.

- **LEBERO (R. K.),** *The International Framework for Foreign Investment Protection: An Analysis of African Treaty Practice,* PhD Thesis, University of Glasgow, 2012, 285 p.
- **MUNYITHYA (M. J.),** *Intellectual Property Rights in East Africa: Harmonization of Patent Laws and Policies for the East African Community,* Master Thesis, University of Nairobi, 2017, 125 p.
- **MASSINA (P.),** *L'interventionnisme économique au Togo : réinventer le droit,* Thèse de doctorat en droit public*,* Université Paris 2, 1987, 570 p.
- **MBAYE (M. M.),** *L'accaparement des terres en Afrique au regard du droit international des investissements : situation actuelle et enjeux,* Mémoire de Master en droit, Université de Genève, 2015-2016, 111 p.
- **MOUANGUE KOBILA (J.),** *Le Cameroun face à l'évolution du droit international des investissements,* Thèse de doctorat en droit public, Université de Yaoundé II – Soa, 2004, 674 p.
- **NGOBENI (T. L.),** *A Critical Analysis of the Security of Foreign Investments in the Southern African Development Community (SADC) Region*, University of South Africa, April 2018, 392 p.
- **NZOHABONAYO (A.),** *Intérêt général dans les pays en développement à la lumière de leur engagement dans les traités bilatéraux d'investissement,* Thèse de doctorat en droit, Université d'Ottawa, 2014, 424 p.
- **PEREZ ROSA (T.),** *El papel de la inversión extranjera directa en la construcción de soberanía regional en América latina y el Caraibe : un análisis constructivista con base en la conceptualización del desarrollo,* Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2015, 720 p.
- **RODICA ZORILLA (C.),** *L'évolution du droit international en matière d'investissements directs étrangers,* Thèse de doctorat en droit public*,* Université d'Auverge Clermond I, 2007, 568 p.
- **SCHAUFELBERGER (P.),** *La protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement. Étude de la garantie contre les risques de l'investissement et en particulier de l'Agence multilatérale de garantie des investissements,* Thèse de doctorat en droit, Université de Lausanne, 1993, 623 p.

▪ **SUCIU GAVRILOAIE (D. C.),** *El marco jurídico de las inversiones en la nueva generación de acuerdo de comercio e inversión en la Unión Europea*, Tesis doctoral, Universidad de Almería, 2022, 609 p.

▪**THIBOUT (O.),** *La Responsabilité Sociale des Entreprises : Dynamique normative et enjeux institutionnels. Une illustration d'un droit en mouvement*, Thèse de doctorat en droit, Université Côte d'Azur, 2018, 516 p.

### IV. EXTRAITS DE MÉLANGES, COURS, JOURNÉES D'ÉTUDES

▪ **ANCELIN (J.),** « Le comportement blâmable de l'investisseur », *in* SFDI, *La pénalisation du droit international*, Demi-journée de Nanterre, 10 mars 2017, 15 p.

▪ **ARREGUI (J-R.), «** Le régionalisme dans l'organisation internationale », *RCADI*, rec. 1935. III, vol. 53, pp. 7-90

▪ **AUDIT (M.),** « Les obligations relatives à la part 'part locale' dans les contrats d'État », *in* SFDI, *Droit international et développement*, Colloque de Lyon, Paris, Pedone, 2015, pp. 197-207.

▪ **BARUTI (R.),** « Shaping Investment Arbitration: The experience of COMESA and SADC», SOAS/CRCICA Arbitration Conference in Africa on *The Role of African States and Governments in the Development of Arbitration in Africa*, 2017, p. 106-123.

▪ **BENCHENEB (A.),** « Sur l'évolution de la notion d'investissement », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, 2000, pp. 177-196.

▪ **BOISSON DE CHAZOURNES (L.),** « Le droit et l'universalité de la lutte contre les changements climatiques », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies,* Droit et Climat*,* CNRS Editions, N°2, 2009, p. 29-36.

▪ **BOISSON DE CHAZOURNES (B.),** « Les relations entre organisations régionales et organisations universelles », *RCADI,* 2010, 327 p.

▪ **BOUTROS-GHALI (B),** « Le système régional africain », *in* SFDI, *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Colloque de Bordeaux, Paris, Pedone, 1977, pp. 61-72.

- **CARDON (M.),** « Les Accords de Partenariats Économiques », *in* SFDI, *Droit international et développement,* Colloque de Lyon, Paris, Pedone, pp. 171-194.
- **CHICOT (P-Y.),** « La conceptualisation d'un droit général de lutte contre les changements climatiques : une approche de théorie du droit par l'éthique », *in* **COURNIL (Ch.), COLARD-FABREGOULE (C.),** *Changements climatiques et défis du droit*, Actes de la journée d'études du 24 mars 2009, Université Paris Nord 13, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 392-395.
- **DIOMANDE (L.),** « L'interaction entre la ZLECAf et les autres organisations d'intégration économique en Afrique : cohérence et rationalité », in *Mélanges en l'honneur de Luc Marius Ibriga : Le droit communautaire africain, d'hier à aujourd'hui,* IDEALE, 2021, pp. 76-85.
- **DORCE (M. J.),** « L'Union européenne : quelle influence sur le devenir sur le droit international des investissements », Acte d'atelier doctoral, Université Paris 2, 2020, pp. 277-293.
- **DOUMBE-BILLE (S.),** « Rapport introductif », SFDI, *Droit international et développement,* Colloque de Lyon, Paris, Pedone, pp. 11-29.
- **DUPUY (R-J.),** « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la *soft law », in* SFDI, *L'élaboration du droit international public,* Paris, Pedone, 1975, p. 132-148.
- **DUPUY (R-J.),** *Droit des relations entre organisations internationales*, *RCADI,* Vol. 100, 1960, pp. 457-589.
- **EL-KADY (H.),** « Implications of Regional Approach to the Regulation of Foreign Investment », *Geneva Talks on Foreign Investment in Africa,* 7 octobre 2015.
- **EPSTEIN (A-S.), POMADE (A.),** « Le droit économique de l'environnement à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises. Éclairages croisés », *in Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin : Pour un droit économique de l'environnement,* Editions Frison-Roche, 2013, pp. 175-202.
- **FADLALLAH (I.),** « La notion d'investissement : vers une restriction à la compétence du CIRDI ? », ICC Conference, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution.*, 2005, pp. 259-268.

▪ **GAILLARD (E.),** « Identify or Define? Reflections on the Evolutions of the Concept of investment in the ICSID Practice », *in* BUNDER (C.) et al. (ed.), *International Investment Law in the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer,* Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 403-416.

▪ **GAUTRON (J-C.),** « Le fait régional dans la société internationale », *in* SFDI, *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain,* Colloque de Bordeaux, Paris, Pedone, 1977, pp. 3-47.

▪ **GNAMOU (D.),** « Le NEPAD : Cadre institutionnel de l'appui international à la paix et au développement en Afrique », *in* SFDI, *Droit international et développement,* Colloque de Lyon, Paris, Pedone, 2015, pp. 137-153.

▪ **GROS (A.),** « Quelques remarques sur la pratique du droit international », *in Mélanges offerts à Charles Rousseau,* Paris, 1974, pp. 113-124.

▪ **GUELDICH (H.),** « Contribution des pays du Maghreb à la Commission de l'Union Africaine pour le Droit International (CUADI) », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Karim Kherad : Panser la guerre, penser la paix*, Paris, Pedone, 2021, pp. 109-128.

▪ **GUELDICH (H.),** « Intégration et régionalisme africain : où en est l'Union africaine », Compte-rendu de la première journée d'études du 1er novembre 2018, 9 p.

▪ **GUELDICH (H.),** « L'Accord portant création de la Zone de libre-échange continentale africaine », *in* BEN ACHOUR (R.), GUELDICH (H.) (dir.), *Intégration et régionalisme africain : où en est l'Union africaine aujourd'hui ?* Actes du Colloque international organisé le 1er novembre 2018, Faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Tunis, 2019, pp. 1-14.

▪ **GUELDICH (H.),** « La future Cour africaine de justice et des droits de l'Homme : de la pertinence normative aux considérations pratiques », *in* **HARELIMANA (J-B.), MAIA (Ch.), (dir.),** *20 ans du Statut de la CPI : l'œuvre africaine dans la pénalisation du droit international*, Colloque international de l'AAPDI, Maison de l'UNESCO, Paris, 10 décembre 2018, 17 p.

▪ **GUEYE (B.),** « Développement, bonne gouvernance et lutte contre la corruption », *in* SFDI, *Droit international et développement,* Colloque de Lyon, 2015, pp. 209-217.

▪ **HUIKURI (T-A.),** « Terminating to Renegotiate: Bargaining the Investment Treaty Regime », *PEIO 2019 Conference Paper*, February 8, 2019, 25 p.

- **ISOART (P.),** « Le régionalisme en Asie du Sud-Est », », *in* SFDI, *Régionalisme et universalisme dans le droit international*, Paris, Pedone, 1977, pp. 73-111.
- **JIMENÉZ DE ARECHAGA (E.),** « L'évolution récente du régionalisme interaméricain », *in* SFDI, *Régionalisme et universalisme dans le droit international*, Paris, Pedone, 1977, pp. 45-60.
- **JUILLARD (P.),** « Investissement et droit communautaire (à propos des accords bilatéraux d'investissement conclus entre États membres et pays tiers) », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne : union de droit, union des droits.*, Paris, Pedone, 2010, pp. 445-462.
- **JUILLARD (P.),** « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-384.
- **KAHN (Ph.),** « Investissements internationaux et droits de l'homme », *in* HORCHANI (F.), *Où va le droit de l'investissement : désordre normatif et recherché d'équilibre*, Actes du Colloque organisé à Tunis, Paris, Pedone, 2006, pp. 95-110.
- **KIDANE (W.),** « Alternatives to Investor-State Dispute Settlement: An African Perspective », *Global Economic Governance, Discussion Paper*, 2018, 23 p.
- **LEBEN (Ch.),** « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI,* 2003, pp. 197-386.
- **LEBEN (Ch.),** « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20 ème siècle,* Travaux du CREDIMI, Paris, Litec, 2000, p. 119-152.
- **LOQUIN (E.),** « Le droit de l'environnement devant les tribunaux arbitraux internationaux », in *Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, Pour un droit économique de l'environnement,* Editions Frison-Roche, 2013, p. 299-307.
- **LUKUNDA VAKALA-MFUMU (R.),** « La diplomatie économique congolaise à l'épreuve », *in Mélanges en l'honneur de Grégoire Bakandéja, Du droit à l'économie et de l'économie au droit,* Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 337-357.
- **MUCHLINSKI (P.),** «The COMESA Common Investment Area: Substantive Standards and Procedural Problems in Dispute Settlement » *in* LIM (C. L.) (ed), *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment - Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, Cambridge University Press, 2016, pp.156-185.

- **NGWE (M-A.),** « États des lieux de l'arbitrage en Afrique », Conférence de l'Association Française d'Arbitrage, Paris, 19 septembre 2018, 19 p.
- **PELLET (A.),** « Adieu Philippines : Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international », *in Mélanges en hommage à Dominique Carreau et Patrick Juillard Le droit international économique à l'aube du XXI*ème *siècle.* Paris, Pedone, 2009, pp. 97-110.
- **PELLET (A.),** « Notes sur la fragmentation du droit international : Droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in *Mélanges offerts en l'honneur au professeur Pierre-Marie Dupuy,* Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2014, pp. 757-784.
- **RADI (Y.),** « Le précédent en droit international des investissements : réflexions d'un internationaliste sur les considérations théoriques et les enjeux pratiques d'une discussion passionnée », *in* SFDI, *Le précédent en droit international,* Paris, Pedone, 2016, pp. 371-382.
- **RUIZ FABRI (H.),** « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn : Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX*ème *siècle. À propos des 30 ans de recherche du CREDIMI,* Paris*,* Litec, vol.20, 2000, pp. 303-334.
- **SALAH (M. M.),** « Le droit international économique est-il ouvert aux enjeux environnementaux ? », in *Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, Pour un droit économique de l'environnement,* Editions Frison-Roche, 2013, p. 363.
- **SFDI,** *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?* Paris, Pedone, 1999, 140 p.
- **SOBZE (S. F.),** « Régionalisme et souveraineté des États en Afrique », in *Mélanges en l'honneur du professeur Koffi Ahadzi-Nonou : L'État inachevé,* Presses Universitaires Juridiques de Poitiers, 2021, pp. 173-193.
- **SOMA (A.),** « L'africanisation du droit international pénal », *in* SADI, *L'Afrique et le droit international,* Paris, Pedone, 2015, pp. 7-13.
- **SORNARAJAH (M.),** « Multilateral Instruments on Foreign Investment Prior to Cancun », *in* APEC, *International Investment Instruments and their Legal Interpretations,* Investment Experts Group, 2003, pp. 11-41.

▪ **SORNARAJAH (M.),** « The Return of the NIEO and the Retreat of the Neoliberal International Law », *in* BHUIYAN (S.), SANDS (P.), SCHRIJVER (N.) (ed.), *International Law and Developing Countries: Essays in Honour of Kamal Hossain,* Martinus Nijhoff, 2014, pp. 32-59,

▪ **TORRE-SCHAUB (M.),** « Le réchauffement climatique : une question pluridisciplinaire », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies,* Droit et Climat, CNRS Editions, N°2, 2009, p. 13-15.

▪ **VAN AAKEN (A.), BROUDE (T.),** « Ways of Reforming International Investment Agreements to make them Compatible with Climate Change Goals », in *Investment Treaties and Climate Change,* OECD Public Consultation, March 2022, pp. 1-8.

▪ **VEDROSS (A.),** « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI*, t. 37, 1932-III, pp. 323-412.

▪ **VON FREYTAGH-LORINGHOVEN,** « Les ententes régionales », *RCADI*, rec. 1936. II, vol.56, pp. 589-671.

▪ **WEIL (P.),** « Droit international et contrats d'États », in *Mélanges offerts à Paul Reuter Le droit international : unité et diversité,* Paris, Pedone, 1981, pp. 549-582.

▪ **WEIL (P.),** « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in *Mélanges offerts à Charles Rousseau : La communauté internationale*, Paris, Pedone, 1974, pp. 301-328.

## V. ARTICLES ET ÉTUDES

### A. Articles périodiques

▪ **ADEBOLA (T.),** « Mapping Africa's Complex Regimes: Towards an African Centered AfCFTA Intellectual Property Protocol », *African Journal of International Economic Law,* 2016, Vol. 1, 2016, pp. 233-290.

▪ **AGBOBLI (E. M.),** « Dynamique de l'intégration régionale CEDEAO », *in* Afrique de l'Ouest : historique, diagnostic, perspectives, *Revue du CAMES*, Nouvelle Série B, vol. 007, n° 2, 2006, p. 279-300.

▪ **AHADZI-NONOU (K.),** « Réflexions critiques sur l'Union africaine », *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives,* N°1, 2006, pp. 81-103.

- **AIDOO (R.), HESS (S.),** « Non-interference 2.0 : China's Evolving Foreign Policy towards a Changing Africa », *Journal of Current Chinese Affairs,* vol. 44, Issue 1, 2015, pp. 109-111.
- **AJIBO (C.C.), NWANKWO (C. M.), EKHATOR (E. O.),** « Regional Economic Communities as the Building Blocks of the African Continental Free Trade Area Agreement », *Transnational Dispute Management,* Vol 18, Issue 4, June 2021, 16 p.
- **AKINKUGBE (O. D.), MAJEKOLAGBE (A.),** « International Investment Law and Climate Justice: The Search for A Just Green Investment Order », *Fordham International Law Journal*, Vol. 46, N°2, 2023, pp. 169-211.
- **AKIN-OLUGBADE (A. A.),** « The African Development Bank's Contribution to the Harmonization of Investment laws in Africa and Prospects for Future Harmonization of Such Laws », *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 101, 2007, pp. 451-455.
- **ALABD (H.),** « La Cour arabe d'investissement : Vers une Cour régionale plus efficace », *ASA Bulletin,* Vol. 35, N°2, 2017, pp. 340-353.
- **ALFORD (R. P.),** « The Convergence of International Trade and Investment Arbitration », *Santa Clara Journal of International Law,* Vol. 35, N°12, 2013, pp. 35-60.
- **ALLEN (E. A.), SOAVE (T.),** « Jurisdictional Overlap in WTO Dispute Settlement and Investment Arbitration », *The Journal of the London Court of International Arbitration*, Vol. 30, n° 1, 2014, pp. 1-58.
- **ALRESHAID (N.),** « Revisiting the Notion of Full Protection and Security of Foreign Direct Investments in Post-Gadhafi Libya: Two Governments, Tribal Violence, Militias, and Plenty More », *Florida Journal of International Law,* Vol. 28, N°1, 2016, pp. 64-85.
- **ÁLVAREZ ZARATE (J. M.),** « Legitimacy Concerns of the Proposed Multilateral Investment Court: Is Democracy Possible ? », *Boston College Law Review*, vol 59, N° 8, pp. 2765-2790.
- **ANCELIN (J.),** « A propos de la théorie des 'mains propres'. Observations sur la sentence arbitrale *Yukos* de la Cour permanente d'arbitrage du 18 juillet 2014 », *AFDI,* Vol. 61, 2015, pp. 831-856.
- **ANGELET (N.),** « La promotion des arbitres africains : pour une appropriation panafricaine du contentieux des investissements », *Annuaire Africain de Droit International*, Vol. 24, pp. 143-159.

- **ANOU (G.),** « Les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements », *JDI*, N°2, 2015, pp. 505-525.
- **ANZILOTTI (D.),** « La demande reconventionnelle en procédure internationale », *JDI*, vol. 57, 1930, pp. 857-867.
- **ARATO (J.), CLAUSSEN (K.), BENTON HEATH (J.),** « The Perils of Pandemic Exceptionalism», *American Journal of International Law*, Vol. 114, N° 3, 2020, p. 627-636.
- **ASCENSIO (H.),** « Introduction : Une année de droit international marquée par la crise sanitaire », *AFDI*, 2020, pp. 3-18.
- **AUDIT (M.),** « Droit des investissements internationaux. Présentation des sources », *Jurisclasseur de droit international,* 2009, fasc. 572-50.
- **AUDIT (M.),** « La coexistence des procédures contentieuses en matière d'investissements étrangers », *Anuario Colombiano de Derecho Internacional,* Vol. 10, 2017, pp. 333-370.
- **BACHAND (R.) et al.,** « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », *AFDI,* Vol. 49, 2003, pp. 575-610.
- **BARRAUD (B.),** « L'usage du plan en deux parties dans les facultés de droit français », *RTDCiv*, pp. 807-825.
- **BARTESAGHI (I.), PEREIRA (M. E.),** «Los procesos de integración en África : Desarrollo en contextos adversos », *Revista de la Pontifica Universidad del Ecuador*, 2015, 30 p.
- **BEAUMIER (G.),** « Le Traité de Lisbonne et le droit international de l'investissement : l'évolution d'un nouveau modèle européen, *Etudes Internationales*, Vol. 47, N°4, pp. 365-386.
- **BEHN (D.) et al.,** « Empirical Perspectives on Investment Arbitration: What do We Know ? Does it Matter ? », *JWIT,* Vol. 21, Issue 2-3, 2020*,* pp. 188-250.
- **BEN HAMIDA (W.),** « « Les demandes reconventionnelles dans la jurisprudence arbitrale récente relative aux investissements », *Revista Brasileira de Arbitrajem*, vol. 10, N°37, pp. 68-80.
- **BEN HAMIDA (W.),** « L'arbitrage investisseur-État cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'État peut-il introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé », in *International Law FORUM du droit international*, 1 janvier 2005, pp. 261-272.

- **BEN HAMIDA (W.),** « The First Arab Investment Court Decision », *JWIT*, Vol. 75, 2006, pp. 1-23.
- **BEN HAMIDA (W.),** « Two Nebulous Features : The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control – *Ad hoc Committee's Decision in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo* », *Journal of International Arbitration*, Vol. 24, Issue 3, 2007, pp. 287-306.
- **BEN HAMIDA (W),** « La dénonciation de la Convention CIRDI en Amérique latine : significations et conséquences », *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. 8, n°30, 2011, pp. 65- 92.
- **BEN HAMIDA (W.),** « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI ? », *Gazette du Palais*, 15 décembre 2007, n° 349, pp. 33-39.
- **BENCHENEB (A.),** « Le droit européen des investissements et le traitement juste et équitable », *RIDE,* N°1, 2016, pp. 91-106.
- **BILONG NKOH (F. R.),** « Le consommateur et le commerce des énergies renouvelables en Afrique subsaharienne », *RIDE,* t. XXXIV, Vol. 1, 2020, pp. 67-96.
- **BISSALOUE (S.),** « La protection des contrats des investissements privés étrangers en Afrique », *Revue Lamy Droit des affaires*, N° 141, octobre 2018, pp. 24-28.
- **BJÖRKLUND (A. K.),** « The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law », *Lewis & Clark Review Law*, Vol. 17, N°2, 2013, pp. 462-479.
- **BOIRAL (O.),** « Environnement et économie : une relation équivoque », *Revue électronique en science de l'environnement*, Vol. 5, N° 2, 2004, 9 p.
- **BOISSON DE CHAZOURNES (B.),** « Environmental Protection and Investment Arbitration : Yin and Yan ? », *Anuario Colombiano de Derecho internacional,* vol. 10, 2017, pp. 371-399.
- **BONYUET LEE (D.), PÉREZ PACHECO (Y.),** «Sobre la independencia de los tribunales arbitrales CIADI », *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XX, 2020, pp. 273-315.
- **BORELLA (F.),** « Le régionalisme africain et l'Organisation de l'Unité africaine », *AFDI*, Vol. 9, 1963, pp. 838-859
- **BORELLA (F.),** « Le régionalisme africain en 1964 », *AFDI,* vol. 10, 1964, pp. 621-637.
- **BOUDOUHI (S.),** « Le Chapitre sur l'investissement du nouvel ALENA », *RGDIP*, N°4, 2019, pp. 871-884.

▪ **BOURGOIGNIE (T.), ST-PIERRE (J.),** « Le statut de la politique du consommateur dans les systèmes régionaux économiquement intégrés : Une première évaluation comparative », *Revue Québécoise de Droit International,* N° 20, t. 1, 2007, pp. 1-56.

▪ **BRAGA (C.), FINK (C.),** « The Relationship between International Property Rights and Foreign Direct Investment », *Duke Journal of Comparative and International law*, Vol. 9, n° 1, 1998, pp. 163-187.

▪ **BRAIBANT (G.),** « Utilité et difficultés de la codification », *Droits,* n°24, 1996, pp. 61-72.

▪ **BROWER (C. N.), SCHILL (S.),** « Is Arbitration a Threat or a Boon to Legitimacy of International Investment Law? », *Chicago Journal of International Law*, Vol. 9, N° 2, 2009, pp. 471-498.

▪ **BURDA (J.),** « le consentement aux demandes reconventionnelles dans le cadre du CIRDI à la lumière de la sentence *Spyridon Roussalis contre Roumanie », Revue d'arbitrage et de médiation*, Vol. 3, N° 1, 2013*,* pp. 27-49.

▪ **BURDGE (R. J.), VANCLAY (F.),** « Social Impact Assessment: A Contribution to the State of Art series », *Impact Assessment,* March 1996, vol. 14, n° 1, pp. 59-86.

▪ **BURKE-WHITE (W. W.), VON STADEN (A.),** « Investment Protection in Extraordinary Times: the Interpretation and Application of Non-Precluded Provisions in Bilateral Investment Treaties », *Virginia Journal of International Law,* vol. 4, Issue 2, 2008, pp. 309-409.

▪ **CABRILLAC (R.),** « Un Code européen des affaires : une chance pour la construction européenne », *Recueil Dalloz*, n° 21, 13 juin 2019, 9 p.

▪ **CAMARA (M.),** « Les investissements directs étrangers et l'intégration régionale : Exemples de l'ASEAN et du MERCOSUR », *Tiers-Monde,* tome 43, N° 169, 2002, pp. 47-69.

▪ **CARBALLO LEYDA (A.),** « Preventing and Managing Investor-State Conflicts and Disputes in the Energy Sector », *University of St. Thomas Law Journal*, Vol. 17, N°2, April 2021, pp. 466-480.

▪ **CASSELLA (S.),** « Les limites des arguments de nécessité sanitaire des États comme exception à leurs obligations économiques internationales », *JDI*, Vol. 2, 2022, pp. 460-481.

▪ **CASTANEDA (J.),** « La Charte des droits et devoirs économiques des États. Note sur son processus d'élaboration », *AFDI*, vol. 20, 1974, pp. 31-56.

- **CASTELLARIN (E.),** « L'évolution du filtrage des investissements étrangers dans le cadre de la pandémie de Covid-19 », *AFDI*, LXV, 2020, pp. 147-155.
- **CASTILO MENESES (Y.),** «Los estados como demandantes en el arbitraje de inversión basado en tratados ? Comentario al laudo *Urbaser vs Argentina », Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* Vol. XX, 2020, pp.443-457.
- **CAZALA (J.),** « Fin de partie pour les traités bilatéraux d'investissement intra-européens ? », *JDI*, N°3, 2020, pp. 855-873.
- **CAZALA (J.),** « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *JDI,* 2017, N° 1, pp. 81-97.
- **CAZALA (J.),** « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *RIDE*, 2009/1, t. XXIII, 1, pp. 5-32.
- **CAZALA (J.),** « Protection des droits de l'homme et contentieux international de l'investissement », *Cahiers de l'arbitrage-Paris Journal of International Arbitration*, 2012, pp. 900-907.
- **CERNIC (J. L.),** « Corporate Responsibilty for Human Rights: Analysing the ILO Tripartite Declaration of Principles on Multinational Entreprises and Social Policy », *Miskolc Journal of International Law,* Vol. 24, 2009, pp. 24-34.
- **CHARPENTIER (J.),** « De la non-discrimination dans les investissements », *AFDI,* Vol. 9, 1963, pp. 35-63.
- **CHIDEDE (T.),** « The Right to Regulate in Africa's International Investment Law », *Oregon Review of International Law*, Vol. 20, 2017, pp. 437-466.
- **COLOM JEAN (A.),** «La UNCTAD y la integración regional en África », *Nova África*, n° 26, 2010, pp. 97-112.
- **CONFORTI (B.),** « Unité et fragmentation du droit international : Glissez, mortels, n'appuyez pas ! », *RGDIP,* 2007-1, pp. 5-18.
- **CORREA (C.), VIÑUALES (J.),** « Intellectual Property Rights as Protected Investments », *JIEL,* Vol. 19, 2016, pp. 91-120.
- **COTE (G.), WAAUB (J-P.), MARESCHAL (B.),** « L'évaluation d'impact environnemental et social en péril : la nécessité d'agir », *Revue électronique en sciences de l'environnement*, Vol. 17, N° 3, 2017, 31 p.
- **COTULA (L.),** « (Dis)integration in Global resource Governance: Extractivism, Human Rights and Investment Treaties », *JIEL,* Vol. 23, 2020, pp. 431-454.

- **COUVEINHES MATSUMOTO (F.),** « Le lancement de la négociation d'une convention instituant une cour multilatérale d'investissements : l'avenir indéterminé d'un projet européen déterminant », *RGDIP*, Tome 122, N° 4, 2018, pp. 893-931.
- **CRAWFORD (J.),** « Investment arbitration and the ILC articles on state responsibility », *ICSID Review*, Vol. 25 (1), 2010, pp. 127-200.
- **DA ALLADA (E.),** « L'État africain, partie faible au contrat d'investissement étranger », *Revue de droit des affaires internationales*, N° 3-4, 2022, pp. 295-303.
- **DATTU (R.),** « A Journey from Havana to Paris: The Fifty-Year Quest for the Elusive Multilateral Agreement on Investment », *Fordham International law Journal*, Vol. 24, Issue I, 2000, pp. 275-316.
- **DAVID (R.),** « La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International », *AFDI,* Vol. 16, 1970, pp.453-474.
- **DE BRABANDERE (E.),** « Fair and Equitable Treatment an (Full) Protection and Security in African Investment Treaties Between Generality and Contextual Specificity », *JWIT*, Vol. 18, N°, pp.530-555.
- **DE BRABANDERE (E.),** « The 2019 Dutch Bilateral Investment Treaty Model: Navigating the Turbulent Ocean of Investment Treaty Reform », *ICSID Review*, Vol. 36, N° 2, 2021, pp. 319-338.
- **DE NANTEUIL (A.),** « Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers? », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2018, N° 17, 2018, pp. 374-392.
- **DE NANTEUIL,** « Demandes reconventionnelles : un petit pas de plus ? », *Les Cahiers de l'arbitrage – The Paris Journal of International Arbitration*, n°2017/4, pp. 619-628.
- **DE NANTEUIL,** « Réflexions sur le positionnement des États à l'égard de l'arbitrage d'investissement », *AFRI*, Vol. XVIII, 2017, pp. 585-598.
- **DENTERS (E.), GAZZINI (T.),** « The Role of African Regional Organizations in the Promotion and Protection of Foreign Investment », *JWIT*, Vol. 18, 2017, pp. 449-492.
- **DESIERTO (D. A.),** « Public Policy in International Investment and Trade Law: Community Expectations and Functional Decision-making », *Florida Journal of International Law*, vol. 26, 2014, pp. 52-133.
- **DEUMIER (P.),** « La protection des consommateurs dans les relations internationales », *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 62, N° 2, 2010, pp. 273-289.

▪ **DEVENDRA (I. C.),** « State Responsibility for Corruption in International Investment Arbitration », *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 10, N° 2, 2019, pp. 248-287.

▪ **DIAWARA (K.), LAVALLEE (S.),** « La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans l'espace OHADA : pour une ouverture aux considérations non économiques », *RIDE,* tome XXVIII, 2014, pp. 431-451.

▪ **DIAZ BARRADO (C. M.),** «Nuevas perspectivas de las instituciones económicas en el espacio económico africano: avances políticos y normativos», *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 28, 2012, pp. 59-104.

▪ **DIEBOLD (N. F.),** « Standards of Non-discrimination in International Economic Law», *International and Comparative Law Quarterly,* 2011, n° 4, pp. 831-865.

▪ **DIMITROPOULOS (G.),** « National Sovereignty in International Investment Law: Sovereignty Reassertion and Prospects of Reform », *JWIT*, Vol. 21, 2020, p. 71-103.

▪ **DOLZER (R.),** « Indirect Expropriations: New Developments », *New York University Environmental Law Journal,* Vol. 11. 2002, pp. 64-93.

▪ **DOLZER (R.),** « The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law », *Journal of International Law and Politics,* Vol. 37, 2005, pp. 953-957.

▪ **DRUDE (J.),** « *Fiat iustitia, ne pereat mundus*: Novel Approach to Corruption and Investment Arbitration », *Journal of International Arbitration*, Vol. 35, N° 6, 2018, pp. 665-718.

▪ **DUBIN (L.),** « RSE et droit des investissements : les prémisses d'une rencontre », *RGDIP*, Vol. 122, N° 4, 2018, pp. 867-891.

▪ **DUGGAL (K. A.), DIAMOND (N. J.),** « Model Investment Agreements and Human Rights: What Can we Learn from recent Efforts ? », *Columbia Journal of Transnational Law,* August 19, 2021, 3 p.

▪ **DUNOFF (J.) et al.,** « Independence and Impartiality in Investment Dispute Settlement: Assessing Challenges and Reform Options », *Journal of world Investment and Trade*, vol. 21, Issue 2-3, pp. 441-474.

▪ **EJIMS (O.),** « The 2016 Morocco – Nigeria Investment Treaty: More Practical Reality in Providing a Balanced Investment Treaty », *ICSID Review*, vol. 34, N°1, 2019, pp. 62-84.

▪ **EL BOUDOUHI (S.),** « L'avenir des traités bilatéraux d'investissements conclus par les États membres de l'Union européenne avec les États tiers », *Revue trimestrielle de droit européen*, pp. 85-115.

▪ **ESTEVES (A. M.), FRANKS (D.), VANCLAY (F.),** « Social Impact Assessment: The State of the Art », *Impact Assessment Project and Appraisal*, March 2012, n°30, vol. 1, pp. 34-42.

▪ **EWELUKWA OFODILE (U.),** « Africa and International Arbitration: From Accomodation and Acceptance to Active Engagement », *Transnational Dispute Management,* Vol. 12, Issue 4, July 2015, 60 p.

▪ **EXPÓSITO (P.), MOHEDANO (I.),** «Proceso de integración en África», *Estudios Económicos de Desarrollo Internacional,* Vol. 4, 2004, pp. 105-134.

▪ **FACH GÓMEZ (K.),** «La protección de los derechos humanos y el sistema de resolución de controversias derivadas de inversiones internacionales: Notas sobre una posible transición hacia un tribunal multinacional de inversiones», *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia,* San Sebastian, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 137-179.

▪ **FAGBAYIBO (B.),** « Common Problems Affecting Supranational Attempts in Africa: An Analytical Overview », *Potchesroom Electronomic Law Journal*, Vol. 16, N°1, 2013, pp. 31-70.

▪ **FERNÁNDEZ MASÍA (E.),** «Arbitraje inversor-Estado : De 'bella durmiente a 'léon en la jungla », *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* N° 26, 2013, 27 p.

▪ **FISCHER (G.),** « La souveraineté sur les ressources naturelles », *AFDI*, 1962, Vol. 8, pp. 516-528.

▪ **FRANCK (S. D.),** « Rationalizing Costs in Investment Treay Arbitration », *Washington University Law Review*, Vol. 88, N° 4, 2011, pp. 679-852.

▪ **FRANCK (S. D.),** « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law and Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, Vol. 73, N° 4, 2005, pp. 1521-1625.

▪ **GAILLARD (E.),** « L'affaire *Achmea* ou les Conflits des logiques », *Revue critique de droit international privé*, N° 3, 2018, pp. 616-630.

- **GARCÍA (C. G.),** « All the Other Dirty Little Secrets: Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investor-State Arbitration », *Florida Journal of International Law*, Vol. 16, N° 2, 2004, pp. 314-368.
- **GARCÍA-BOLÍVAR (O. E.),** «La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras: Propuestas de reforma», *Revista de la secretaria del Tribunal Permanente de Revisión,* Año 3, N° 5, 2015, pp. 137-164.
- **GARCÍA-BOLÍVAR (O. E.),** « Sovereignty Vs Investment Protection: Back to Calvo? », *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal,* Vol. 24, Issue 2, 2009, pp. 464-488.
- **GATHII (J. Th), HO (C.),** « Regime Shifting of IP Law Making and Enforcement from WTO to the International Investment Regime », *Minnesota Journal of Law, Science and Technology,* Vol. 427, 2017, pp. 456-458.
- **GATHII (J. Th.),** « African Regional Trade Agreements as a Flexible Lagal Regimes », *North Carolina Journal of International Law,* Vol. 35, N° 3, 2010, pp. 572-666.
- **GATHII (J. Th.),** « Strength in Intellectual Property Protection and Foreign Direct Investment Flows in Least Developed Countries », *Georgia Journal of International and Comparative Law,* Vol. 499, 2016, pp. 501-553.
- **GOTTWALD (E.),** « Leveling the Playing Field: It Is Time for a Legal Assistance Center for Developing Nations in Investment Treaty Arbitration », *American University International Law Review,* Vol. 22, N° 2, 2007, pp. 237-275.
- **GOUAMBE (S.),** « La liberté des parties dans le droit de la médiation OHADA », *Recueil Penant*, Avril-juin 2021, pp. 155-182.
- **GRANDJEAN (J-P.), FOUCHARD (C.), «** Le choix de l'arbitre : théorie et pratique », *Cahiers de droit de l'entreprise,* N° 4, juillet-août 2014, p. 33-39.
- **GUMEDE (V.),** « The African Continental Free Trade Area and the Future of Regional Economic Communities », *Journal of Contemporary Studies,* January 2021, 14 p.
- **GUNTRIP (E.),** « Self-determination and Foreign Direct Investment: Reimaging Sovereignty in International Investment Law », *ICLQ,* Vol. 65, 2016, pp. 829-857.
- **GUYADER (H.),** « L'arbitrage d'investissement international face aux craintes de la société civile », *Revue Lamy Droit des affaires,* octobre 2018, pp. 29-32.
- **HAAS (E.),** « The Study of Regional Integration: Reflections on the Joy and Anguish of Pretheorizing », *International Organization,* Vol. 24, n°4, 1970, pp. 606-646.

▪ **HAGEMANN (T.),** « Corporate Wealth over Public Health? Assessing the Resilience of Developing Countries' Responses against Covid-19 Investment Claims and Implications for Future Public Health Crises », *Pace International Law Review,* vol. 34, Issue 1, Fall 2021, 48 p.

▪ **HAGUENEAU-MOIZARD (C.), MONTALIEU (Th.),** « L'évolution du partenariat UE-ACP de Lomé à Cotonou : de l'exception à la normalisation », *Monde en développement,* Vol. 4, N° 128, pp. 65-88.

▪ **HAPPOLD (M.),** « Investment State-Dispute Settlement Using ECOWAS Court of Justice: An Analysis and Some Proposals », *ICSID Review*, Vol. 34, N° 2, 2019, pp. 496-523.

▪ **HAPPOLD (M.),** « The Human Right Defence in International Investment Arbitration: Exploring the Limits of Systemic Integration », *International and Comparative Law Quaterly*, Vol. 60, july 2019, pp. 741-749.

▪ **HERNÁNDEZ-MENDIBLE (V. R.), «El** Tratado sobre la Carta de la Energía y el arbitraje internacional de inversiones en fuentes de energías renovables. Caso Charanne B. V y Construction Investments S.A.R.L. vs. Reino de España», *Revista de Administración Pública*, N° 202, 2017, pp. 223-253.

▪ **HIELLO (H.),** « L'État, un justiciable de second ordre ? À propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatifs aux investissements étrangers », *RGDIP,* Vol. 3, pp. 589-620.

▪ **HIJRI (A.),** « La médiation, un mécanisme alternatif pour le règlement des différends investisseurs-États en Afrique ? », *Revue de droit des affaires internationales,* 2022, pp. 363-373.

▪ **HINOJOSA MARTÍNEZ (L. M.),** «El alcance de la competencia exterior de la Unión Europea en materia de inversiones», *Revista de derecho comunitario europeo,* Vol. 52, 2015, pp. 871-907.

▪ **HODGSON (M.),** « Costs in Investment Treaty Arbitration: A Case for Reform », *Transnational Dispute Management*, Vol. 1, 2014, pp. 748-759.

▪ **HOFFMANN (A. K.),** « Counterclaims in Investment Arbitration », *ICSID Review-Journal of Foreign Investment Law,* vol. 28, Issue 2, 2013, pp. 438-453.

▪ **HOWSE (R.),** « Designing a Multilateral Investment Court: Issues and Options », *Yearbook of European Law*, Vol. 36, 2017, pp. 209-236.

- **INAMA (S.),** « Can the Tripartite Free Trade Area (TFTA) deliver Effective Trade Liberalization for economic Growth? A Practitioner View », Purdue University, May 2014, 34 p.
- **JUILLARD (P.),** « Chronique de droit international économique », *AFDI,* 1992, pp. 757-807.
- **JUILLARD (P.),** « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements (2004) », *AFDI,* 2004, pp. 669-682.
- **KABRE (R. J.),** « La protection des intérêts culturels africains en droit international des investissements », *Annuaire Africain des Droits de l'Homme*, Vol. 5, 2021, pp. 351-374.
- **KABRE (R. J.),** « Establishing an Advisory Centre on Investment Law: What Significance for African Countries », *Yearbook on International Investment Law & Practice*, pp. 11-12, 2020, 20 p.
- **KABUNDA BADI (M.),** «La integración regional en África: Análisis político, jurídico y económico», *Cuadernos de Estudios Económicos y Empresariales,* N° 40, 2001, pp. 53-97.
- **KAIROUANI (A.),** « Les contrats d'État dans les industries extractives africaines au regard de la jurisprudence du CIRDI », *Revue trimestrielle de droit africain*, Penant, N° 913, Octobre-décembre 2020, pp. 413-432.
- **KAIROUANI (A.),** « Les procédures de règlement des différends dans la zone de libre-échange continentale africaine : enjeux et perspectives », *Revue de droit des affaires internationales,* N° 3-4, 2022, pp. 375-386.
- **KAMAU (N.),** « Investment Law and Treaty Reform in Africa: Fragments and Fragmentation », *African Journal of International Economic Law,* Vol. 1, 2020, pp. 201-230.
- **KAMTO (M.),** « La Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale, Une communauté de plus ? », *AFDI,* vol. 33, 1987, pp. 839-862.
- **KANE (M. M.),** « International Investment Law and Policy: An Overview of 2028 Developments in Africa », *Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2018, pp. 297-308.
- **KIDANE (W.),** « Contemporary International Investment Law Trends and Africa's Dilemmas in the Draft Pan-African Investment Code », *The George Washington International Law Review,* Vol. 50, 2018, pp. 523-579.

- **KIDANE (W.),** « The Culture of Investment Arbitration: An African Perspective », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 34, Issue 2, 2019, pp. 411-433.
- **KONDO (T.),** « A Comparison with Analysis of the SADC FIP before and after its Amendment », *PER/PELJ 2017(20)-DOI*, 47 p.
- **KPODAR (A.),** « Les droits de l'homme saisis par le droit international », *RTSJ*, N°002, 2012, pp. 22-40.
- **KRYVOI (Y.),** « Economic Crimes in International Investment Law », *International and Comparative Law Quarterly,* Vol. 67, July 2018, pp. 577-605.
- **KULAGA (L.),** « Brave, New, international Investment Court in Context: Towards A Paradigm Shift of the ISDS », *Polish Yearbook of International Law*, Vol. XXXVIII, 2018, pp. 115-140.
- **KULMANN (K.), AGUTU (A. L.),** « The African Continental Free Trade Area: Toward a New Legal Model for Trade and Development », *Georgetown Journal of International Law,* Vol. 51, 2020, pp. 755-803.
- **KURZ (J.),** « The Use and Abuse of WTO law in Investor-State Arbitration: Competition and Discontents », *EJIL,* Vol. 20, N°3, 2009, pp. 1087-1094.
- **LA PORTA (R.), LOPES-DE-SILANES et al.,** « Investor Protection and Corporate Governance », *Journal of Financial Economics,* Vol. 58, 2000, pp. 3-27.
- **LALIVE (J-F.),** « Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères », *JDI*, Vol. 104, 1977, pp. 319-349.
- **LALIVE (P.),** « Ordre public transnational (ou réellement international) dans l'arbitrage international », *Revue de l'Arbitrage*, Vol. 1986, 1986, Issue 3*,* pp. 329-374.
- **LARYEA (E. T.) et al.,** « Africanisation of International Investment Law for Sustainable Development: Challenges », *Journal of International Trade Law and Policy,* Vol. 20, N° 1, 2021, pp. 42-64.
- **LARYEA (E.), FABUSUYI (O.), «** African Countries and International Investment Law: Right to Regulate or Appropriate Regulation or Both? », *Australasian Review of African Studies,* 40 (2), 2019, pp. 27-54.
- **LATTY (F.),** « Discrète mais envahissante : la clause de libre exploitation », *RGDIP*, N° 1, 2015, pp. 179-195.
- **LAURIOL (T.),** « Le traitement national », *RGDIP,* 2015, n°1, pp. 47-67.

- **LAZAR (F.),** « Les langues comme moyen d'expression du droit international », *AFDI,* Vol. 16, 1970, pp. 256-274.
- **LE CANNU (P-J.),** « Foundation and Innovation: The Participation of African States to ICSID Dispute Resolution system », *ICSID Review,* Vol. 33, N° 2, 2018, pp. 456-500.
- **LEBEN (Ch.),** « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de protection et de promotion des investissements », *AFDI,* Vol. 50, 2004, pp. 683-714.
- **LIMENTA (M.), ING (L. Y.),** « Indonesia's Local Content Requirements: Assessment with WTO Rules », *ERIA Discussion Paper Series*, N°414, January 2022, 32 p.
- **LLAMZON (A.),** « The Control of Corruption through International Investment Arbitration: Potential and Limitations », *ASIL Proceedings,* 2008, Vol. 102, pp. 208-212.
- **LÓPEZ ZAMORA (L. A.),** «Comentarios sobre el órden público internacional en su sede arbitral internacional, su functionalidad y su interrelación con el derecho internacional público», *Cuadernos de Derecho Transnacional,* Vol. 10, N° 2, 2018, pp. 516-535.
- **MAHAMADY (O.),** « L'avenir des TBI intra-africains et le traité le traité sur la ZLECAf : de l'uniformisation du droit des investissements intra africains à la régionalisation du néolibéralisme en Afrique », *Revue VigieAfriques*, Vol. 4, N° 3, juillet 2021, pp. 2-6.
- **MAHIOU (A.),** « Du droit économique au nouvel ordre économique international : quelques réflexions », *RIDE,* 2013/4, t. XXVII, pp. 523-532.
- **MAHIOU (C.),** « La Communauté économique africaine », *AFDI,* Vol. 39, 1991, pp. 798-819.
- **MALAGUTI (M. C.),** « The New Italian Model BIT Between Current and Future Trends », *The Italian Review of International and Comparative Law,* vol. 2021, pp. 113-131.
- **MALAKOTIPOUR (M.),** « The Chilling Effect of Indirect Expropriation Clauses on Host States' Public Policies: A Call for a Legislative Response », *International Community Law Journal,* Vol. 22, 2020*,* pp. 235-270.
- **MALJEAN-DUBOIS (S.),** « L'Arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l'affaire relative au projet *Gabcikovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie) », *AFDI,* Vol. 43, 1997, pp. 28-332.
- **MALOKA (V.),** « Law of Integration in the Southern African Development Community », Journal *of African Union Commission on International Law,* 2nd edition, 2015, pp.64-97.

- **MANCIAUX (S.),** « La Bolivie se retire du CIRDI », *Revue de l'arbitrage,* Vol. 2, 2007, pp. 351-358.
- **MANCIAUX (S.),** « Les mécanismes de règlement des différends interafricains », *Revue de droit des affaires internationales*, N° 3-4, 2022, pp. 399-410.
- **MANCIAUX (S.),** « The Notion of Investment: New Controversies », *JWIT*, Vol. 6, 2008, pp. 801-824.
- **MARTIN (A.),** « Investment Disputes after Argentina's Economic Crisis: Interpreting BIT Non-precluded Measures and the Doctrine of Necessity under Customary International Law », *Journal of International Arbitration*, 29, n° 1, 2012, pp. 49-70.
- **MARWELL (J. C.),** « Trade and Morality: The WTO and Public Morals Exception After Gambling », *New York University Law Review*, Vol. 81, 2006, pp. 802-842.
- **MASSINA (P.),** « La difficile harmonisation des réglementations nationales relatives aux marchés publics dans l'espace UEMOA », *Revue Togolaise de Droit des Affaires et d'Arbitrage,* N° 16, Novembre 2017, pp. 5-29.
- **MAYER (P.),** « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *JDI,* N°1, 1986, pp. 5-78.
- **MAYER (Th.), PFISTER (E.),** « Investissement direct et droit de la propriété intellectuelle dans les pays en voie de développement : une étude des choix de localisation des multinationales françaises », *Revue Région et Développement*, n° 13, 2001, pp. 99-123.
- **MBENGUE (M. M.),** « 'Somethin' ELSE': African Discourses on ICSID and on the ISDS-An Introduction », *ICSID Review*, Vol. 34, N° 2, 2019, pp. 259-269.
- **MBENGUE (M. M.),** « Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law », *ICSID Review,* Vol. 34, N° 1, 2019, pp. 455-481.
- **MBENGUE (M. M.), SCHACHERER (S.),** « Africanization of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of International Investment Regime », *JWIT*, Vol. 18, 2017, 414-448.
- **MBORI (H. O.),** « Case Commentary on the British American Tobacco v. Attorney General of Uganda (EACJ) and GETMA International v. The Republic of Guinea (OHADA CCJA) », *AfJIEL*, Vol. 1, 2020, pp. 339-402.

- **McLAUGHLIN (M.), PATHIRANA (D. L.),** « Non-precluded Measures Clauses: Regime, Trends and Practice », *Handbook of International Investment Law and Policy,* 2020, pp. 1-23.
- **MERCURIO (B.),** « Awakening the sleeping giant: intellectual property rights in international investment agreements », *JIEL*, Vol. 15, n° 3, 2012, pp. 871-915.
- **MICHOUD (A.),** « L'intégration de la responsabilité sociale des entreprises dans les traités internationaux d'investissement : une question de (ré)équilibre », *Revue Générale de Droit,* Vol. 49, N° 2, 2019, pp. 405-410.
- **MONEBHURRUM (N.),** « Mapping the Duties of Private Companies in International Investment Law », *Brazilian Journal of International Law*, Vol. 14, N° 2, 2017, pp. 50-71.
- **MUBERANKIKO (G.),** « La responsabilité sociétale des entreprises dans la gouvernance des entreprises en droit OHADA », *Lexbase Afrique-OHADA*, N°34, 2020, 26 p.
- **MUBIALA (M.),** « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : mimétisme institutionnel ou avancée judiciaire ? », *RGDIP*, 1998, pp. 765-767.
- **MUIGUA (K.),** « Africa's Role in the Reform of International Investment Law and Investor State Dispute Settlement (ISDS) », *Journal of cmds*, Vol. 5, N° 1, 2020, 23 p.
- **MULAT (T.),** « Multilateralism and Africa's Regional Economic Communities », *Journal of World Trade,* n° 32, 1998, pp. 115-138.
- **NALDI (G. N.),** « Mike Campbell (Pvt) Ltd et al. v. The Republic of Zimbabwe: Zimbabwe Land Reform Programme Held in Breach of SADC Treaty », *Journal of African Law*, Vol. 53, N° 2, 2009, pp. 305-320.
- **NAM (J.),** « Model BIT: An Ideal Prototype or A Tool for Efficient Breach », *Georgetown Journal of International Law,* vol. 48, 2017, pp. 1275-1308.
- **NDLOVU (P. N.),** « Campbell v. Republic of Zimbabwe: A Momentum of Truth for the SADC Tribunal », *SADC Law Journal,* Vol. 1, 2011, pp. 63-79 .
- **NGOM (M.),** « Intégration régionale et politique de la concurrence dans l'espace CEDEAO », *RIDE,* Vol. 25, n°3, 2011, pp. 333-349.
- **NGWE (M-A), MALCHAIR (M. D.),** « La propension des États africains à résoudre leurs litiges d'investissement à l'amiable », *ICSID Review,* Vol. 34, N° 2, 2019, pp. 388-410.

▪ **NKOMO (M.),** « Regional Integration in the Area of Intellectual Property: The Case of Southern Africa Development Community Involvement », *Law, Democracy & Development,* Vol. 18, 2014, pp. 323-333.

▪ **NOAH NOAH (F.),** « Le cadre institutionnel et réglementaire de la protection du consommateur au Cameroun, au sein de la CEMAC, de la CEEAC et de l'UA », *Revue Dialectiques des Intelligences,* N° 1, Premier semestre 2016, pp. 8-30.

▪ **NOUVEL (Y.),** « La recevabilité des demandes reconventionnelles devant la Cour Internationale de Justice à la lumière de deux ordonnances récentes », *AFDI*, Vol. 44, 1998, pp. 324-336.

▪ **NYOMBI (C.), MORTIMER (T.), RAMSUNDAR (N.),** « The Morocco – Nigeria BIT: Towards a New Generation of Intra-African BITs », *International Company and Commercial Law Review,* Vol. 29, n° 2, 2018, pp. 69-80.

▪ **NYOMBI (Ch.),** « A Case for A Regional Investment Court in Africa », *North Carolina Journal of International Law,* Vol. 43, 2018, pp. 67-96.

▪ **OCRAM (T. M.),** « The Legal Framework of Foreign Investment in Africa », *Zambian Law Journal*, Vol. 12, 1980, pp. 1-22.

▪ **OLIVER (M. E.),** « The Role of AU Law in Integrating Africa », *South African Journal of International Affairs,* Vol. 22, N°4, 2015, pp. 513-533.

▪ **OMIUNU (O.), AKANMIDU (O.),** « Reflections on *Nigeria v. Process & Industrial Developments Limited* », *New York Journal of International Law and Politics*, Vol. 53, 2021, pp. 111-127.

▪ **ONYEMA (E.),** « African Participation in the ICSID System: Appointment and Disqualification of Arbitrators », *ICSID Review*, Vol. 34, N° 2, 2019, pp. 365-387.

▪ **OUEDRAOGO (S. M.),** « Les problèmes de la communautarisation du droit des investissements dans l'espace UEMOA », *AFDI*, 2012, pp. 515-549.

▪ **PADILLA (C. H.),** «El poder de los Estados soberanos y el derecho de las inversiones internacionales », *Revista Actualidad Jurídica,* N° 29, 2014, pp. 209-227.

▪ **PAEZ (L.),** « Bilateral Investment and Regional Investment regulation in Africa: Towards a Continental Investment Area? », *JWIT*, Vol. 18, 2017, p. 379-413.

▪ **PARRA (A.),** « Participation of African States in the Making of ICSID Convention », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal,* Vol. 34, N°2, 2019, pp. 270-277.

▪ **PASCUAL-VIVES (F.),** « Developing Coordination Techniques between Public Interests and International Investment Law », *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2014, pp. 500-530.

▪ **PASTORY (W. R. B.),** « Challenges of the Legal Protection of Foreign Investment in the Mining Sector in Tanzania's Mainland: A Case Study of Lake Zone », *Journal of Legal Studies and Research*, vol. 8, Issue 1, January 2022, pp. 13-54.

▪ **PEKASSA NDAM (G.),** « En guise de propos introductif sur la protection du consommateur en Afrique », *Revue Dialectique des Intelligences*, N°1, Premier semestre, 2016, pp. 6-7.

▪ **PEREIRA (R.), GOUGH (O.),** « Permanent Sovereignty over Natural Resources in the 21st Century: Natural Resource Governance and the Right to Self-determination of Indigenous Peoples under International Law », *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 14, 2013, pp. 452-494.

▪ **PONS RAFOLS (X.),** «La renovada actualidad de las demandas reconvencionales ante el Tribunal Internacional de Justicia», *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. XVII, 2001, pp. 131-170.

▪ **PORTERFIELD (M. C.),** « Exhaustion of Local Remedies in Investment-State Dispute Settlement: An Idea Whose Time Has Come? », *The Yale Journal of International Law Online,* Vol. 41, 2015, pp. 1-12.

▪ **PRIEUR (M.),** « Instruments internationaux et évaluation environnementale de la biodiversité : enjeux et obstacles », *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial, 2011, pp. 7-28.

▪ **PUIG (S.),** « The Merging of International Trade and Investment Law », *Berkeley Journal of International Law,* Vol. 33, N° 1, 2015, pp. 16-43.

▪ **QUMBA (M. F.),** « Safeguarding Foreign Direct Investment in South Africa: Does the Protection of Investment Act Live up to Its Name? », *South African Journal of International Affairs,* Issue 3, Vol. 25, 2018, pp. 341-364.

▪ **QUMBA (M. F.),** « South Africa Move away from International Investor-State Dispute: A Breakthrough or Bad Omen for Investment in developing World? », *De Jure Law Journal,* 2019, pp. 358-379.

- **QUMBA (M. F.),** « The Exhaustion of Local Judicial Remedies in Investor-State Dispute Settlement: A Proposal for the African Continental Free Trade Agreement on Investment Protocol », *Law, Democracy & Development,* Vol. 25, 2021, pp. 156-192.
- **RADIFOLE (R.),** « Perspectives africaines des droits de l'homme en droit international des investissements », *Annuaire africain des droits de l'homme*, Vol. 4, 2020, pp. 255-276.
- **ROBERT-CUENDET (S.),** « Les investissements intra-communautaires entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement : concilier l'inconciliable ? », *RGDIP,* CXV, N° 4, 2011, pp. 853-895.
- **ROBERTS (A.),** « State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority », *Harvard Journal of International Law*, Vol. 55, N° 1, 2014, pp. 1-70.
- **RODRÍGUEZ AGUILERA (C. L.),** «Consideraciones sobre las vinculaciones entre regionalismo y multilateralismo en comercio internacional», *INNOVA Research Journal,* Vol. 3, N° 4, 2018, pp. 57-69.
- **RODRÍGUEZ YONG (C. A.),** « Legal Certainty and Foreign Investment in Africa: Let's Call the African Union », *Revista virtual Via Inveniendi Et Iudicandi,* Vol. 6, n°1, Enero-junio 2011, 53p.
- **ROLDÁN BARBERO (J.),** «La investigación en derecho internacional público», *Revista de Estudios Jurídicos,* nº 9, 2009, Segunda Época, pp. 25-58.
- **RUFFERT (M.),** « The Protection of Foreign Direct Investment by the European Convention on Human Rights », *German Yearbook of International Law,* Vol. 43, 2000, pp. 116-148.
- **RUSCA (A. E.),** « L'arbitrage : une stimulation à l'investissement », *Revue Camerounaise de l'Arbitrage,* n° 7, 1999, pp. 3-9.
- **SARTOTI (G.),** « Bien comparer, mal comparer », *Revue internationale de politique comparée*, Vol. 1, n° 1, 1994, pp. 19-36.
- **SAUVANT (K. P.),** « An Advisory Centre on International Investment Law: Key Features », *University of St. Thomas Law Journal*, Vol. 17, N° 2, 2021, pp. 354-372.
- **SAVADOGO (L.),** « La renaissance de la procédure des demandes reconventionnelles, *RBDI*, vol. 32, 1999, pp. 237-270.

- **SCHILL (S.),** « International Investment Law as International Development Law », *Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2012-2013, pp. 327-355.
- **SCHREUER (C.),** « Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration », *The Law and the Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 4, 2005, pp. 1-17.
- **SCHREUER (C.),** « Travelling the BIT Road of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road », *JWIT*, Vol. 5, N° 2, 2004, pp. 231-256.
- **SCHWIEDER (R. W.),** « Legal Aid and Investment Treaty Disputes: Lessons Learned from the Advisory Centre on the WTO Law and Investment Experiences », *JWIT*, V ol. 19, 2018, pp. 628-666.
- **SERRURIER (E.),** « Le Code panafricain des investissements : Modèle imparfait d'un droit international économique au service du développement durable », *Revue africaine de responsabilité sociale et management durable,* Vol. 1, N° 1, 14 p.
- **SHAN (W.), ZHANG (S.),** « The Treaty of Lisbon: Halfway toward a Common Investment Policy », *EJIL*, Vol. 21, 2010, pp. 1025-1048.
- **SHIHATA (I. F. I.),** « L'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements », *AFDI*, Vol. 33, 1987, pp. 601-613.
- **SHINN (H. D.),** « The Environmental Impact of China's Investment in Africa », *Cornell International Law Journal,* Vol. 49, N° 25 2016, pp. 26-67.
- **SIMO (R. Y.),** « Trade in Services in the African Continental Free Trade Area: Prospects, Challenges », *JIEL,* Vol. 23, N° 1, 2020, pp. 65-95.
- **SOMA (A.),** « Le jeu des protocoles dans le processus juridique de construction d'une Cour africaine de protection des droits de l'homme », *Revue CAMES/SJP*, N°002, 2015, pp. 1-18.
- **SOMA (A.),** « Le régionalisme africain en droit international pénal », *RGDIP*, Tome 120, N° 3, 2016, pp. 515-544.
- **SOMALI (K.),** « L'indépendance de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : théories et réalités », *RTSJ*, janvier-décembre, N°5, 2013, pp. 51-64.
- **STERN (B.),** « La protection diplomatique des investissements internationaux. De *Barcelona Traction* à *Elettronica Sicula* ou glissements progressifs de l'analyse », *JDI,* Vol. 117, N°4, 1990, pp. 897-948.

- **STERN (B.),** « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions : les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international », *Revue de l'arbitrage*, 1980, pp. 1-43.
- **STONE (J.),** « Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard and International Investment Law », *Leiden Journal of International Law,* March 2012, pp. 77-107.
- **TCHIKAYA (B.),** « Les orientations doctrinales de la Commission de l'Union Africaine sur le Droit International », *Revue Québéquoise de Droit International,* Vol. 30, N°1, 2017*,* pp. 113-128.
- **TEN CATE (I. M.),** « The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration », *Columbia Journal of Transnational Law,* 2013, Vol. 51, N° 2, 418 p.
- **TEYNIER (E.),** « L'applicabilité des traités bilatéraux sur les investissements entre États membres de l'Union européenne », *Cahier de l'arbitrage*, N° 1, 2008, pp. 12-29.
- **TITI (C.),** « International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation International Investments Agreements », *EJIL*, n° 26, Vol. 3, pp. 639-661.
- **TITI (C.),** « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'État d'accueil ? », *JDI,* N° 2, 2014, pp. 541-562.
- **TITI (C.),** « Most Favoured Nation Treatment: Survival Clauses and Reform of International Investment Law », *Journal of International Arbitration,* Vol. 33, N°5, 2016, pp. 425-440.
- **TREVINO (C. J.),** « State-to-State Investment Treaty Arbitration and the Interplay with Investor-State Arbitration Under the Same Treaty », *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 5, 2014, pp. 199-233.
- **TSANG (V.), WU (W. S.),** « Fair Game, Fair Play – The Advocacy of International Assistance for Developing Host States in Negotiating Investment Contracts », *JWIT,* Vol. 23, N° 3, 2022, p. 435-447.
- **VADI (V. S.),** « Environmental Impact Assessment in Investment Dispute: Method, Governance, and Jurisprudence », *Polish Yearbook of International Law*, XXX, 2010, pp. 170-204.
- **VAN AAKAN (A.),** « Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Law », *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. XVII, 2008, pp. 99-130.
- **VANCLAY (F.),** « International Principles for Social Impact Assessment », *Impact Assessment and Project Appraisal*, March 2003, Vol. 21, n° 1, 8 p.

- **VANCLAY (F.),** « Reflections on Social Impact Assessment in the 21st Century », *Impact Assessment Project and Appraisal,* 2020, Vol. 38, N° 2, pp. 126-131.
- **VASCIANNIE (S.),** « The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice », *British Yearbook of International Law*, Vol. 70, 2000, p. 99-164.
- **VIÑUALES (J. E.),** « Foreign Investment and the Environment in international Law: An Ambiguous Relationship », British *Yearbook of International Law*, Vol. 80, n° 1, 2009, pp. 244-332.
- **VIRALLY (M.),** « La Charte des droits et devoirs économiques des États. Note de lectura», *AFDI*, Vol. 20, 1974, pp. 57-77.
- **VOHRYZEK-GRIEST (A.),** « State Counterclaims in Investor-State Disputes: A History of 30 Years of Failure », *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 15, 2009, pp. 83-124.
- **VOON (T.),** « *Philip Morris v. Uruguay*: Implications for Public Health », *JWIT,* Vol. 18, Issue 2, 2017, pp. 320-331.
- **WAGOUE TCHOKOTCHEU (D. C.),** « La conciliation dans l'office du juge camerounais », *Revue de droit international et de droit comparé,* n°1, 2017, pp. 71-94.
- **YENTCHARE (P-Y.),** « Partager les fruits de l'innovation avec les communautés autochtones ou locales : les 12 travaux d'Hercule ? », *RIDE*, Vol. XXX, N°1, 2016, pp. 107-139.
- **YEPES (J-M.),** « Les accords régionaux et le droit international », *RCADI*, vol.71, 1947, pp. 227-344.
- **ZAMAN (K.),** « Minimizing Expansive Interpretations of Investment Treaty Laws in Arbitration: Opting for 'Renegotiation' over 'Denunciation' as a Better Strategy for Host Developing Countries », *International Trade and Business Law Review*, Vol. 23, 2021, pp. 3-44.
- **ZARRA (G.),** « Orderliness and Coherence in International Investment Law and Arbitration: Analysis through the Lans of State of Necessity », *Journal of International Arbitration,* Vol. 34, N° 4, 2017, pp. 655-656.
- **ZHU (Y.),** « Corporate Social Responsibility in International Investment Law: Tension and Reconciliation », *Nordic Journal of Commercial Law,* N° 1, 2017, pp. 90-119.

▪ **ZORGHIBE (Ch.),** « De l'OUA à l'Union africaine », *Géopolitique africaine*, N° 1, (2000-2001), pp. 91-108

▪ **ZUGLIANI (N.),** « Human Rights in International Law: The 2016 Morocco – Nigeria Bilateral Investment Treaty », *ICLQ,* Vol. 68, N° 3, July 2019, pp. 761-770.

## B. Articles et études en ligne

▪ **ADENEKAN (O. A.),** « The Pan-African Investment Code and the Investment Protocol to the African continental Free Trade Agreement : Are we Building the Right House on a Weak Foundation », 15 p., disponible sur https://www.researchgate.net/publication/355465973_THE_PAN-AFRICAN_INVESTMENT_CODE_AND_THE_INVESTMENT_PROTOCOL_TO_THE_AFRICAN_CONTINENTAL_FREE_TRADE_AGREEMENT_ARE_WE_BUILDING_THE_RIGHT_HOUSE_ON_A_WEAK_FOUNDATION

▪ **AKINKUGBE (O. D.),** « Dispute Settlement under the Continental Free Trade Area Agreement : A Preliminary Assessment », Schulich School of Law, Dalhousie University, *Faculty Scholarship*, 2020, 17 p., disponible sur https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1483&context=scholarly_works

▪ **ALISHER (U.),** « The Case for an Advisory Center on International Investment Law », *Columbia FDI Perspectives*, N° 175, June 6, 2016, 3 p., disponible sur https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D8445MNH

▪ **AMBER VAN DER GRAAF (P.),** *Foreign Investment Ombudsman – Internationalisation Policy Measure (Korea),* Eurofund, Working Paper, 2018, 14 p., https://euagenda.eu/upload/publications/untitled-191863-ea.pdf

▪ **AMES (P.),** « ISDS : The Most Toxic Acronym in Europe », September 15, 2015, disponible sur https://www.politico.eu/article/isds-the-most-toxic-acronym-in-europe/

▪ **ARATO (J.), BANIFATEMI (Y.) et al.,** « Lack of Consistency and Coherence in the Interpretation of Legal Issues », *Academic Forum, Concept Paper on Issues of ISDS Reform,* 30 January 2019, 21 p., disponible sur https://www.cids.ch/images/Documents/Academic-Forum/3_Inconsistency_-_WG3.pdf

- **BAETENS (F.),** « Attention à la marche ! L'importance des dispositions transitoires pour les traités d'investissements bilatéraux conclus entre les États membres de l'UE et les États tiers », 35 p., disponible sur https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/62832/Baetens-CDE%2Barticle%2Bfinal%2Bversion%2B-%2Bfor%2BUiO.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- **BALIÑO (S.) et al.,** *L'initiative conjointe sur la facilitation de l'investissement : éléments nouveaux depuis 2020 et feuille de route en vue de la CM12,* Publications IISD, Avril 2021, 32 p., disponible sur https://www.iisd.org/system/files/2021-06/joint-initiative-investment-facilitation-fr.pdf
- **BALIÑO (S.) et al.,** *Facilitation des investissements : historique et évolution récente des discussions structurées*, Publications IISD, Janvier 2020, 30 p., disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/facilitation-%20investissements.pdf
- **BENCHENEB (A.),** « La conciliation et la médiation en droit des affaires internationales », pp. 301-323, disponible sur https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/18/25/1/94248
- **BERNASCONI-OSTERWALDER (N.),** « L'élargissement de la charte de l'énergie à l'Afrique et à l'Asie : défaire la réforme du droit international de l'investissement », *Investment Treaty News,* N° 2. Vol. 8. Juin 2017, 28 p., disponible sur https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-juin-2017-francais.pdf
- **BERNASCONI-OSTERWALDER (N.), BRAUCH (M. D.),** *Comparative Commentary to Brazil's Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi*, IISD Policy Analysis, September 2015, 17 p., disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/commentary-brazil-cifas-acfis-mozambique-angola-mexico-malawi.pdf
- **BERNASCONI-OSTERWALDER (N.),** *Le mécanisme de règlement des différends entre États dans les traités d'investissement,* Série Bonnes Pratiques de l'IISD, octobre 2014, 28 p., https://www.iisd.org/system/files/publications/best-practices-state-state-dispute-settlement-investment-treaties-fr.pdf
- **BERNASCONI-OSTERWALDER (N.) et al.,** « Se protéger contre les requêtes d'arbitrage investisseurs-États face à la crise du Covid-19 : un appel à l'action destiné aux gouvernements », *IISD,* Avril 2020, https://www.iisd.org/system/files/publications/investor-state-claims-covid-19-fr.pdf

- **BERNASCONI-OSTERWALDER et al.,** *L'extinction des traités bilatéraux d'investissement*, Série Bonnes Pratiques de l'IISD, Mars 2020, 21 p., https://www.iisd.org/system/files/publications/terminating-treaty-best-practices-fr.pdf
- **BERNASCONI-OSTERWALDER (N.), COSBEY (A.) et al.,** *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses,* disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/investment_treaties_why_they_matter_sd_fr.pdf
- **BERNASCONI-OSTERWALDER (N.),** « L'élargissement de la charte de l'énergie à l'Afrique et à l'Asie : défaire la réforme du droit international de l'investissement », *Investment Treaty News*, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2017/06/12/expansion-energy-charter-ect-africa-asia-undoing-reform-international-investment-law-nathalie-bernasconi-osterwalder/
- **BESSON (S.),** « La légitimité de l'arbitrage international d'investissement », *Jusletter,* 2005, 22 p., https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2005/336/_3932.html__ONCE&login=false
- **BJÖRKLUND (A.) et al.,** « Diversity Deficit in International Investment Arbitration », *Academic Forum on ISDS*, Concept Paper 2020/1, January 2020, 27 p., disponible sur https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/2020/5-diversity.pdf
- **BOHMER (L.),** « Analysis : In Besserglik v. Mozambique, Arbitrators Found Insufficient Evidence that the Mozambique – South Africa BIT ever Entered into Force », *Investment Arbitration Reporter,* November 19, 2019, disponible sur https://www.iareporter.com/articles/analysis-in-besserglik-v-mozambique-arbitrators-found-insufficient-evidence-that-the-mozambique-south-africa-bit-ever-entered-into-force/
- **BONNITCHA (J.), WILLIAMS (Z. Ph.),** *Investment Dispute Prevention and Management Agencies : Towards A More Informed Policy Discussio*n, IISD Report, January 2022, 27 p., disponible sur https://www.iisd.org/system/files/2021-10/investment-dispute-prevention-management-agencies-policy-discussion.pdf

- **BÖRZEL (T. A.), RISSE (Th.),** « Diffusing (Inter-) Regionalism: the EU as Model of Regional Integration », Kolleg-Forschergruppe (KFG), Freie Universität Berlin, *Working Paper,* N° 7, September 2009, 12 p., disponible sur https://d-nb.info/1192191552/34
- **BOTTINI (G.), CHAISSE (J.), et al.,** « Excessive Costs and Insufficient Recoverbility of Cost Awards », *Academic Forum on ISDS Concept Paper* 2019/9, September 2019, 41 p., disponible sur https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/2020/1-exceccive-costs.pdf,
- **BRAUCH (M. D.),** *L'épuisement des voies de recours interne en droit international de l'investissement,* Série Bonnes Pratiques de l'IISD, Janvier 2017, 36 p., disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/best-practices-exhaustion-local-remedies-law-investment-fr.pdf
- **BRAUCH (M. D.),** « Philip Morris c. l'Uruguay : tous les recours sont rejetés ; l'Uruguay recevra 7 millions de dollars USD en remboursement », *IISD, Investment Treaties News,* 10 août 2016, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2016/08/10/philip-morris-brands-sarl-philip-morris-products-s-a-and-abal-hermanos-s-a-v-oriental-republic-of-uruguay-icsid-case-no-arb-10-7/
- **BROWER (C. N.), DALY (M. P.),** « A study of Foreign Investment Law in Africa: Opportunity Awaits », pp. 1-44, disponible sur https://www.arbitration-icca.org/media/7/82088225980224/brower__daly_a_study_of_foreign_investment_law_in_africa.pdf
- **BUREAU EUROPEEN DE L'ENVIRONNEMENT,** *Manifeste pour l'investissement durable : investir dans un avenir durable,* 6 p., disponible sur https://www.etuc.org/sites/default/files/ManifestoforSustainableInvestment-FR_2.pdf
- **CALERO (J-P.),** *Le marché commun dans la Communauté du bassin des caraïbes,* Les notes d'information de l'Observatoire des Amériques, disponible sur https://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/03-CARICOM.pdf
- **CANO LIÑARES (M. A.),** «El panorama de la integración regional en el continente africano», *Reformas de las Instituciones Económicas Internacionales,* disponible sur https://www.researchgate.net/publication/264543716_Panorama_de_la_integracion_en_el_continente_africano

- **CARIM (X.),** « Concilier les accords internationaux d'investissement avec la transformation structurelle de l'Afrique : l'expérience de l'Afrique du Sud », *Rapport sur les politiques liées à l'investissement,* Centre Sud, 4 août 2015, 9 p., disponible sur https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2016/03/IPB4_IIAs-and-Africa%E2%80%99s-Structural-Transformation-Perspective-from-South-Africa_FR.pdf
- **CHARTE INTERNATIONALE DE L'ÉNERGIE**, *Frequently Asked Question about the Energy Charter Process: What does the Energy Charter do?,* disponible sur http://www.energycharter.org/process/frequently-asked-questions
- **CHAZAI (A.),** « Focus sur la médiation : L'innovation marquante du droit OHADA en matière de règlement amiable des différends », 19 mars 2018, disponible sur https://www.chazai-partners.com/actualites/focus-sur-la-mediation-linnovation-marquante-du-droit-ohada/
- **CHIDEDE (T.),** « Amendments of the Annex 1 to the SADC Finance and Investment Protocol : Are They in Force Yet ? », *Tralac Discussions*, July 13, 2017, https://www.tralac.org/discussions/article/11875-amendments-of-annex-1-to-the-sadc-finance-and-investment-protocol-are-they-in-force-yet.html
- **CHIDEDE (T.),** « Investment facilitation in Africa's Investment Agreements », *Tralac Trade Brief*, 24 march 2021, p. 6., disponible sur https://www.tralac.org/publications/article/15140-investment-facilitation-in-africa-s-investment-agreements.html
- **CHIDEDE (T.),** « Investor-State Dispute Settlement in Africa and the AfCFTA Investment Protocol », *Tralac Brief,* December 11, 2018, disponible sur https://www.tralac.org/blog/article/13787-investor-state-dispute-settlement-in-africa-and-the-afcfta-investment-protocol.html
- **CHOONG (Y. A.),** « Ombudsman Services for Foreign Investors as a Dispute Prevention and FDI Promotion Measures », *APEC, Working Paper*, July 2010, 26 p., disponible sur http://mddb.apec.org/documents/2010/ieg/wksp1/10_ieg_wksp1_012.pdf
- **CHOROMIDOU (A.),** « Droit de l'homme et arbitrage d'investissement : procédures parallèles », *Aceris Law LLC,* disponible sur https://www.international-arbitration-attorney.com/fr/human-rights-investment-arbitration-parallel-proceedings/

- **CIRDI,** *Rapport annuel du CIRDI 2021,* 76 p., disponible sur https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_AR21_French_CRA_web.pdf
- **CIRDI,** *Affaires du CIRDI - Statistiques*, Numéro 2021-1, disponible sur https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282021-1%20Edition%29%20FR.pdf.
- **CIRDI,** *Background Paper of Investment Mediation,* July 2021, 15 p., disponible sur https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Background_Paper_on_Investment_Mediation.pdf
- **CLUTER (C.), LARK (D.),** « Intégrer la responsabilité sociale des entreprises au droit des traités d'investissement et à la pratique d'arbitrage : progrès ou solution utopique ? », *Investment Treaty News,* 19 décembre 2020, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2020/12/19/incorporating-corporate-social-responsibility-within-investment-treaty-law-and-arbitral-practice-progress-or-fantasy-remedy-claire-cutler-david-lark/
- **COLLIN (C.),** « Épilogue de l'Affaire Achmea : l'extinction des traités d'investissement intra-UE », *Dalloz Actualité*, 21 juillet 2020, disponible sur https://www.dalloz-actualite.fr/flash/epilogue-de-l-affaire-achmea-l-extinction-des-traites-d-investissement-intra-ue#.YriXU3ZBzDc
- **CONDON (B. J.), SINHA (T.),** « Le rôle du droit économique international dans la lutte contre le changement climatique », pp. 129-132, disponible sur https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/cmark_chap8_f.pdf
- **COSBEY (A.), MANN (H.), CUNNINGHAM (M.)** *Les traités bilatéraux d'investissement, l'exploitation minière et les champions nationaux : en assurer le succès,* IISD Report, Winnipeg, 2014, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/bilateral_investment_treaties_mining_national_uneca-fr.pdf
- **COTE (C-E.),** « L'arbitrage entre investisseur-État face aux derniers accords commerciaux régionaux », 29 p., disponible sur https://ijdjl.journals.ekb.eg/article_123351.html

- **COTULA (L.),** « La refonte du droit de l'investissement à partir de la base : l'extractivisme, les droits humains et les traités d'investissement », *Investment Treaty News,* Mars 2021, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2021/03/23/rethinking-investment-law-from-the-ground-up-extractivism-human-rights-and-investment-treaties-lorenzo-cotula/
- **COTULA (L.),** « Traité d'investissement et développement durable : la libéralisation des investissements », *IIED Briefing*, 2014, disponible sur https://www.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/17239FIIED.pdf
- **COTULA (L.),** « Traités d'investissement et développement durable : protection des investissements », *IIED,* Mai 2004, https://pubs.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/17240FIIED.pdf
- **Du PLESSIS (A.),** « The Proposed AfCFTA on Intellectual Property Rights », *Tralac blog*, disponible sur https://www.tralac.org/blog/article/14066-the-proposed-afcfta-protocol-on-intellectual-property-rights.html
- **DUBIN (L.),** « Les clauses RSE dans les traités d'investissement », *Investment Treaty News*, 21 décembre 2018, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2018/12/21/corporate-social-responsibility-clauses-in-investment-treaties-laurence-dubin/
- **DUHAMEL (J-C.),** *Valeur de la gouvernance d'entreprise et gouvernance des valeurs de l'entreprise,* Rapport de recherche, Septembre 2017, 376 p., disponible sur http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/11/Rapport-final-Valeurs-de-gouvernance-Gouvernance-des-valeurs-Duhamel-Sefsaf-2.pdf
- **EBERHARDT, OLIVET (C.),** *Profiting from Injustice : How Law Firms, Arbitrators, Financers are Fuelling Investment Arbitration Boom,* Corporate Europe observatory, Transnational institute, November 2012, 74 p., disponible sur https://www.tni.org/files/download/profitingfrominjustice.pdf
- **EL KADY (H.), RWANANGA (Y.),** « Le Modèle de TBI du Maroc : caractéristiques innovantes et considérations politiques », *Investment Treaty News*, N° 2, Vol. 11, juin 2020, pp. 24-29, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2020/06/20/moroccos-new-model-bit-innovative-features-and-policy-considerations-hamed-el-kady-yvan-rwananga/

- **EL-KADY (H.),** « The New Landmark African Investment Protocol : Quantum Leap for African Investment Policy making », *Kluwer Arbitration Blog,* September 24, 2020, disponible sur http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/09/24/the-new-landmark-african-investment-protocol-a-quantum-leap-for-african-investment-policy-making/
- **EL-KADY (H.) et al.,** « Le Protocole sur l'investissement de l'Accord portant création de la Zone de libre-échange continentale africaine : que contient-il et quelles sont les prochaines étapes pour le continent ? », *IISD, Investment Treaty News*, 31 mai 2023, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2023/05/31/the-protocol-on-investment-to-the-agreement-establishing-the-african-continental-free-trade-area-whats-in-it-and-whats-next-for-the-continent/
- **EMERY (J. J.) et al.,** *Administrative barriers to Foreign Investment : Reducing Red Tape in Africa*, Foreign Investment Advisory Service, IFC, The World Bank, 2000, 212 p., disponible sur https://documents1.worldbank.org/curated/pt/681831468758122652/pdf/multi-page.pdf
- **ERASMUS (G.),** « An Investment Protocol for the AfCFTA », *Tralac Working Paper*, N°G21WP09/21, April 2021, p. 11, disponible sur https://www.tralac.org/publications/article/15174-an-investment-protocol-for-the-afcfta.html
- **ERASMUS (G.),** « The COMESA Court of Justice : Regional Agreements Do Protect Private Parties », *Tralac Law Center*, Stellenboch, N°S13TB09/2013, October 2013, 9 p., disponible sur https://www.tralac.org/files/2013/10/S13TB092013-Erasmus-COMESA-Court-of-Justice-Legal-agreements-protect-private-parties-20131015-fin.pdf
- **ERASMUS (G.), HARTZENBERG (T.),** « How relevant is the Protocol on the Relations between the RECs and the AU ? », *Tralac Blog,* disponible sur https://www.tralac.org/blog/article/15548-how-relevant-is-the-protocol-on-relations-between-the-recs-and-the-au.html
- **EWELUKWA OFODILE (U.),** « The African Continental free Trade Area an the Investor-State Arbitration : What Can Investors Expect and Why ? », *Kluwer Arbitration Blog,* September 25, 2019, disponible sur http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/29/dispute-settlement-under-the-african-continental-free-trade-agreement-what-do-investors-need-to-know/

- **FASSASSI (Q.),** « La crise de normativité dans la protection du consommateur OHADA », Prix Meilleur Article OHADA 2020, 24 p., disponible sur https://www.ohada.com/uploads/actualite/5584/PMA-OHADA-2020.pdf,
- **FERIS (J.),** « Challenging the Statu Quo : South Africa's Termination of Bilateral Trade Agreements », *DLA Piper*, 10 December 2014, disponible sur https://www.dlapiper.com/fr/france/insights/publications/2014/12/international-arbitration-newsletter-q4-2014/challenging-the-status-quo/
- **FONTAGNE (L.),** *L'investissement étranger direct et le commerce international : sont-ils complémentaires ou substituables ?,* Document de travail de l'OCDE sur la science, la technologie et l'industrie, 1999, 33 p., disponible sur https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/771416201121.pdf?expires=1658267422&id=id&accname=guest&checksum=49D2C390C417AFFF222307A3D5E41167
- **GATHII (J. Th.),** « Evaluating the Dispute Settlement Mechanism of the African Continental Free Trade Agreement », *Afronomicslaw blog*, 2019, p. 2, disponible sur https://www.afronomicslaw.org/2019/04/10/evaluating-the-dispute-settlement-mechanism-of-the-african-continental-free-trade-agreement
- **GAZZINI (T.),** « Le TBI 2016 Maroc-Nigéria : une importante contribution à la réforme des traités d'investissement », *Investment Treaty News,* N°3, Vol. 8, septembre 2017, pp. 3-4, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/iisd-itn-septembre-2017-francais.pdf
- **GIUSTINI (A.) et al.,** « Ethiopian New Investment Framework - The Regulation », 12 p., disponible sur http://www.tadessekiros.com/wp-content/uploads/Client-Briefing-Ethiopia-Investment-Regulation-1.pdf
- **HEDAR (A.),** « The Legal Nature of the Draft Pan-African Investment Code and its Relationship with International Investments Agreements », *Investment Policy Brief*, South Centre, N° 9, July 2019, 4 p, disponible sur https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2017/07/IPB9_The-Legal-Nature-of-the-Draft-Pan-African-Investment-Code-and-its-Relationship-with-International-Investment-Agreements_EN.pdf

▪ **HEES (F.), CAVALCANTE (P. M.), PARANHOS (P.),** « The Cooperation and Facilitation Investment Agreement (CFIA) in the Context of Discussions on the Reform of the ISDS System », *Investment Policy Brief*, N° 11, May 2018, 5 p., disponible sur https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2018/04/IPB11_The-Cooperation-and-Facilitation-Investment-Agreement-CFIA-in-the-context-of-the-discussions-on-the-reform-of-the-ISDS-system_EN.pdf

▪ **HERRERA Q (J-C.),** « *Oded Besserglik v Mozambique*: The BIT Was Not in Force : Who's To Blame ?» *Kluwer Arbitration blog,* January 6, 2020, disponible sur https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/06/oded-besserglik-v-mozambique-the-bit-was-not-in-force-whos-to-blame/

▪ **HODGSON (M.), HRCKA (D.), KRYVOI (Y.),** *2021 Empirical Study : Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration,* British Institute of International and Comparative Law-Allen & Overy, 2021, 47 p., disponible sur https://www.biicl.org/publications/empirical-study-costs-damages-and-duration-in-investor-state-arbitration

▪ **HOUSTON (R. L.) et al.,** « Notes from Practice : Announcing the SIFCA Framework – Is the Confluence of Investment Protection with Business and Human Rights the Future of Investment Treaties ? », *Kluwer Arbitration Blog*, November 26, 2021, disponible sur http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/26/notes-from-practice-announcing-the-sifca-framework-is-the-confluence-of-investment-protection-with-business-and-human-rights-the-future-of-investment-treaties/

▪ **HUSSEIN (M. M.),** « La nouvelle loi égyptienne relative à l'investissement met l'accent sur le développement durable et la facilitation », *Investment Treaty News,* 17 octobre 2018, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2018/10/17/new-egyptian-investment-law-eyes-on-sustainability-and-facilitation-moataz-hussein/

▪ **IISD,** « Le pourquoi et le comment des agences de prévention et de gestion des différends en matière d'investissement – partage d'expériences nationales », Webinaire, 25 juin 2021, disponible sur https://www.iisd.org/fr/events/le-pourquoi-et-le-comment-des-agences-de-prevention-et-de-gestion-des-differends-en-matiere

- **IISD,** *Integrating Investors' Obligations and Corporate Accountability Provisions to Trade and Investment Agreements*, Report of the experts meeting held in Versoix, Switzerland, January 11-12, 2018, 24 p., disponible sur https://www.iisd.org/publications/report/integrating-investor-obligations-and-corporate-accountability-provisions-trade
- **IISD,** *Remodeler le droit et la politique d'investissement pour appuyer le Programme de développement à l'horizon 2030,* Tenth Annual Forum of Developing Countries Investment Negotiators, Rapport de réunion, Colombo, Sri Lanka, November 2016, p. 2, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/meterial/10th-annual-forum-report-fr.pdf, consulté le 12 juillet 2021.
- **IISD, SOUTH CENTRE,** « Transformation du droit des investissements internationaux en faveur du développement durable : stratégie de renégociation, de réforme et de défense », *Rapport de réunion du 12ème Forum annuel des négociateurs d'investissements des pays en voie de développement*, Cartagena, Colombie, 27 février – 1 mars 2019, p. 7, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/meterial/12e-forum-annuel-rapport-fr.pdf
- **JALDI (A.),** « La Zone de libre-échange continentale africaine : regard juridique », *Policy Brief,* Février 2021, P-B 21/04, 6 p, disponible sur https://www.policycenter.ma/sites/default/files/2022-02/PB-04-21-Jaldi-V-FR%20%281%29.pdf
- **JOHN (L.) et al.,** « Clearing the Path : Withdrawal of Consent and Termination as Next Steps for Reforming International Investment Law », *CCSI Policy Paper*, April 2018, pp. 9-10, disponible sur https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1153&context=sustainable_investment_staffpubs
- **JOHNSON (L.) et al.,** « Alternatives to Investor-State Dispute Settlement », *CCSI Working Paper*, 2019, 14 p., disponible sur https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1152&context=sustainable_investment_staffpubs

- **JOHNSON (L.), GÜVEN (B.),** *Securing Adequate Legal Defense in Proceedings under International Investment Agreements : A Scoping Study*, Columbia Centre on Sustainable Investment, November 2019, 165 p., disponible sur https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1069&context=sustainable_investment_staffpubs
- **JOUBIN-BRET (A.),** « Establishing an International Advisory Centre on Investment Disputes Settlement », *E15 Task Force on Investment Policy*, December 2015, 15 p., disponible sur https://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15-Investment-Joubin-Bret-Final.pdf
- **LUKE (D.), MABUZA (Z.),** « La Zone de libre-échange tripartite et la Zone de libre-échange continentale : bien-fondé de la consolidation », *Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique*, 6 p *;, op. cit.,* p. 28., disponible sur https://www.gtap.agecon.purdue.edu/resources/download/7168.pdf
- **KALICKI (J.),** « Les demandes reconventionnelles des États dans l'arbitrage relatifs aux investissements *», Investment Treaty Brief,* Vol. 3, N° 2, janvier 2013, pp. 3-5, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/iisd_itn_january_2013_fr.pdf
- **KANE (M. M.),** « The Pan-African Investment Code : a good first step, but more is needed », *Columbia FDI Perspectives*, N° 217, 21 March 2018, 3 p., disponible sur https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D8H14HXV
- **KEBE (M.),** « Le nouveau Code des investissements en Côte d'Ivoire », *Investment Treaty News*, 19 septembre 2019, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2019/09/19/ivory-coasts-new-investment-code-focus-on-issues-related-to-sustainable-development-and-dispute-settlement-mouhamed-kebe-mahamat-atteib-mouhamoud-sangare/
- **KESSEDJIAN (C.) et al.,** « Mediation in Future of Investor-State Dispute Settlement », *Academic Forum on ISDS Concept Paper 2020/16*, March 2020, 20 p, disponible sur www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/2020/isds-af-mediation-paper-16-march-2020.pdf
- **KIBIRU (J.), ONYANGO (Ch.),** « Domestication, Compliance, and Enforcement Key to Keeping Momentum of African Continental Free Trade Area (AfCFTA) », COMESA, 2020, p. 4, https://www.comesa.int/wp-content/uploads/2020/09/Keeping-the-AfCFTA-on-Track.docx.pdf

- **KOÏTA (Y-S.),** « La médiation ou le bélivet du droit OHADA », 21 p., disponible sur https://www.ohada.com/uploads/actualite/4960/la-mediation-ou-le-blivet-du-droit-ohada.pdf
- **KORINEK (J.),** *Mineral resources trade in Chile : Contribution to development and policy implications,* OECD Trade Policy Papers N° 145, 2013, 58 p., disponible sur https://www.oecd-ilibrary.org/trade/mineral-resource-trade-in-chile_5k4bw6twpf24-en;jsessionid=rCzRzfZL6zWQYspvGyALAtI65CtgIFXqiL6yPI2A.ip-10-240-5-141
- **KOTUBY Jr (C. T.),** « Protecting Foreign Investments in Sub-Saharan Africa : The Southern African Development Community and Its Protocol on Finance and Investment », January 2014, disponible sur https://www.jonesday.com/en/insights/2014/01/protecting-foreign-investments-in-sub-saharan-africa-the-southern-african-development-community-and-its-protocol-on-finance-and-investment
- **LAMARQUE (C.),** « Et de trois : après la Bolivie et l'Équateur, le Venezuela quitte le CIRDI !», *CADTM,* 24 février 2012, disponible sur http://www.cadtm.org/spip.php?page=imprimer&id_article=7655
- **LIBERTI (L.),** *Intellectual Property Rights in International Investment Agreements : An Overview,* OECD Working Papers on International Investment, N°1, 2010, 39 p., disponible sur https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2010_1.pdf
- **LOCATELLI (F.),** « Arbitration Appointments : A Matter of Diversity », *Judicium,* 2020, disponible sur https://www.judicium.it/arbitration-appointments-matter-of-diversity/
- **MAINA (N.), NIKIEMA (S.),** « La Déclaration ministérielle de l'Union africaine sur les risques de procédures de RDIE liées à la Covid-19 : ce qui en fait une initiative cruciale actuellement », *IISD,* 2 mars 2021, disponible sur https://www.iisd.org/fr/node/15531
- **MALIK (M.),** *The Full Protection and Security Standard Comes of Age : Yet Another Challenge for States in Investment Treaty Arbitration ?,* IISD Best Practice Series, November 2011, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/full_protection.pdf
- **MANN (M.) et al.,** *Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable*, Guide du négociateur, Institut International du Développement Durable, 2006, pp. 28-35, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/investment_model_int_handbook_fr.pdf

- **MARCELO PERRONE (N.),** «Inversiones extranjeras. Demandas contra la Argentina por controversias vinculadas con la crisis del año 2001», 17 p., disponible sur http://www.derecho.uba.ar/investigacion/demandas.pdf, consulté le 21 juin 2020.
- **MARSHALL (F.) et al.,** *Climate change and international investment agreements: obstacles or opportunies?*, IISD Analysis, March 2010, pp. 16-22.
- **MATUBANZILA (E.),** « The AfCFTA Investment Protocol – A Potential Game Changer for the African Continent ? », disponible sur https://au-afcfta.org/2023/05/the-afcfta-investment-protocol-a-potential-game-changer-for-the-african-continent/
- **MAUREEN (G. R.),** « Gestion de l'environnement », *Encyclopédie canadienne,* décembre 2013, disponible sur https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/gestion-de-lenvironnement#
- **MAZUYER (E.),** *Quel cadre juridique pour une mise en œuvre effective des codes de gouvernance d'entreprise?*, Rapport final, Avril 2017, 628 p., disponible sur http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/05/Rapport-final-Mazuyer-1.pdf
- **MBENGUE (M. M.),** « Un Code panafricain d'investissement pour promouvoir le développement durable », Passerelles, Vol. 17, N° 5, 29 juin 2016, disponible sur http://www.ictsd.org/bridges-news/passerelles/news/un-code-panafricain-dinvestissement-pour-promouvoir-le-d%C3%A9veloppement
- **MBENGUE (M. M.), SCHACHERER (S.),** « International Investment Law in African Courts », *in* **FABRI (L.), STOPPIONI (E.),** *International Investment Law : An Analysis of Major Decisions*, Hart Publishing, (forthcoming), 19 p., disponible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3547602
- **MENDEZ-PARRA (M.), (ed.),** *Négociations sur les investissements de l'AfCFTA : Repères et concepts,* 58 p, disponible sur https://set.odi.org/wp-content/uploads/2020/06/French-version-investment-training-notes-1.pdf
- **MONEDIAIRE (G.),** « L'étude d'impact social : un instrument procédural au service du « pilier social » du développement durable », disponible sur https://www.sifee.org/static/uploaded/Files/ressources/actes-des-colloques/paris/pleniere-3/5_MONEDIAIRE_TXT.pdf

- **MOROSINI (F.),** « Mettre le droit de réglementer consacré dans les politiques et les lois relatives à l'investissement au service du développement : réflexions à partir des données d'expérience de l'Afrique du Sud et du Brésil », *Investment Treaty News*, 30 juillet 2018, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2018/07/30/making-the-right-to-regulate-in-investment-law-and-policy-work-for-development-reflections-from-the-south-african-and-brazilian-experiences-fabio-morosini/
- **MOROSINI (F.), SÁNCHEZ BADIN (R.),** « L'Accord brésilien de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) : un nouveau modèle pour les accords internationaux d'investissement ? », *Investment Treaty News*, N° 3, Vol. 6, Août 2015, pp. 3-5, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/iisd-itn-aout-2015-francais.pdf
- **MOTTE-BAUMVOL (J.),** *L'effectivité des codes de gouvernance d'entreprise, de l'intérêt du droit international pour apprécier l'opportunité d'une réforme législative en France*, Rapport de recherche, Février 2018, 243 p., disponible sur http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2018/04/14.16.Rapport-Mission-droit-et-justice-FINAL.pdf
- **MUIGUA (K.),** « Investment-Related Dispute Settlement under African Continental Free Trade Agreement : Promises and Challenges », 16 p., disponible sur http://kmco.co.ke/wp-content/uploads/2020/06/Investment-Related-Dispute-Settlement-under-the-African-Continental-Free-Trade-Agreement-Promises-and-Challenges-Kariuki-Muigua-June-2020.pdf
- **MÜLLER (B.), OLIVET (C.),** *ISDS en Chiffres : Impact de l'arbitrage des investissements contre les États d'Afrique,* Transnational Institute, Octobre 2019, 12 p., disponible sur https://www.tni.org/files/publication-downloads/digital_isds_africa_fr.pdf
- **NANGA (J.),** « Zone de libre-échange continental africaine : quel panafricanisme ? », disponible sur https://www.cadtm.org/Zone-de-libre-echange-continentale-africaine-Quel-panafricanisme-Partie-1-3
- **NGOBENI (T.),** « The Relevance of the Draft Pan-African Investment Code (PAIC) in the Light of the Formation of the African Continental Free Trade Area », 3 p., disponible sur https://www.afronomicslaw.org/2019/01/11/the-relevance-of-the-draft-pan-african-investment-code-paic-in-light-of-the-formation-of-the-african-continental-free-trade-area

- **NIKIEMA (S. H.),** *Best Practices, Indirect Expropriation*, The International Institute for Sustainable Development, march 2012, 26 p, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/best_practice_indirect_expropriation.pdf
- **NIKIEMA (S. H.),** « Indemnisation de l'expropriation », *IISD*, Mars 2012, p. 10, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/best_practice_compensation_expropriation_fr.pdf
- **NIKIEMA (S. H.),** *Les prescriptions de résultat dans les traités d'investissements*, Série de bonnes pratiques de l'IISD, 2014, p. 1, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/best-practices-performance-requirements-investment-treaties-fr.pdf
- **NIKIEMA (S. H.),** *La clause de la nation la plus favorisée dans les traités d'investissement*, IISD, Séries Bonnes pratiques, Février 2017, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/mfn-most-favoured-nation-clause-best-practices-fr.pdf
- **NIMAC (A.),** « Promoting Investment Policy Reforms Amid Political Turbulence and Transition : The Case of Tunisia and Arab Spring », *Trade & Competitiveness in Practice, The World Bank Group*, October 2017, 8 p., disponible sur https://documents1.worldbank.org/curated/en/433821507734730649/pdf/120367-BRI-PUBLIC-ADD-SERIES-8p-TUNIPReformsInPracticeNoteFINAL.pdf
- **NKOMO et al.,** « The African Continental Free Trade Area : A Significant Role for IP », *WIPO Magazine*, December 2020, disponible sur https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2020/04/article_0005.html
- **NONO (G. M.),** « La lutte contre la subornation et la corruption en Afrique : des conventions de l'UA et de l'OCDE à un principe général de droit international des investissements », *Investment Treaty News*, 10 mars 2020, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2020/03/10/fighting-bribery-and-corruption-in-africa-from-au-and-oecd-conventions-to-a-general-principle-of-international-investment-law-guy-marcel-nono/

▪ **NYATLO (S. M.),** « African Continental Free Trade Agreement : The Envisaged Phase II Intellectual Property Aspect », *WTO-WIPO Colloquium Papers*, African edition, Vol. 9, n° 2, 2018, pp. 50-61, disponible sur https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/colloquium_papers_e/2018_african/chapter_5_2018_african_edition_e.pdf

▪ **ONYANGO (Ch.),** « Why the COMESA-EAC-SADC Tripartite Free Trade Area Is Ideal for Strengthening African Continental Integration », *Special Report*, COMESA Secretariat, 2020, 8 p, disponible sur https://www.comesa.int/wp-content/uploads/2020/09/Tripartite-FTA-is-ideal-for-strengthening-AfCFTA.pdf

▪ **OSEMO (W.),** « Accord sur la Zone d'investissement commune », 27 avril 2020, disponible sur https://www.comesa.int/accord-sur-la-zone-dinvestissement-commune/, consulté le 26 mars 2022.

▪ **OULEPO (A.),** « AfCFTA, The Future of Investment Protocol, and the Phasing-Out of Intra-African BITs », Kluwer Arbitration Blog, February 7, 2021, disponible sur https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/02/07/afcfta-the-future-investment-protocol-and-the-phasing-out-of-intra-african-bits/

▪ **PATHIRANA (D.),** « Sovereign Rights to natural resources as a Basis for Denouncing International Adjudicating of Investment Disputes : A Reflection on the Tanzanian Approach », disponible sur https://www.afronomicslaw.org/2020/09/11/sovereign-rights-to-natural-resources-as-a-basis-for-denouncing-international-adjudication-of-investment-disputes-a-reflection-on-the-tanzanian-approach

▪ **PEACOCK (N.), AMBROSE (A.),** « South Africa Terminates its Bilateral Investment Treaty with Spain : Second BIT Terminated, as Part South Africa's Planned Review of its Investments Treaties », 21 August 2013, disponible sur https://hsfnotes.com/arbitration/2013/08/21/south-africa-terminates-its-bilateral-investment-treaty-with-spain-second-bit-terminated-as-part-of-south-africas-planned-review-of-its-investment-treaties/

▪ **PETERSON (L. E.),** « Czech Republic Terminates Investment Treaties in such a Way as to Cast Doubt on Residual Legal Protection for Existing Investments », Investment Arbitration Reporter, disponible sur https://www.iareporter.com/articles/czech-republic-terminates-investment-treaties-in-such-a-way-as-to-cast-doubt-on-residual-legal-protection-for-existing-investments/

▪ **PETERSON (L. K.),** « Swiss Investor Prevailed in 2003 in Confidential BIT Arbitration over South Africa Land Dispute », October 22, 2008, disponible sur https://www.iareporter.com/articles/swiss-investor-prevailed-in-2003-in-confidential-bit-arbitration-over-south-africa-land-dispute/

▪ **PINNA (A.),** « La spécificité de la jurisprudence arbitrale », *Jusletter,* 2005, p. 2, disponible sur https://www.researchgate.net/publication/259744813_La_specificite_de_la_jurisprudence_arbitrale2, 2

▪ **POULSEN (L. S.),** « Political Risk Insurance and Bilateral Investment Treaties », *Columbia FDI Perspectives,* N°27, August 2010, disponible sur https://ccsi.columbia.edu/content/no-27-political-risk-insurance-and-bilateral-investment-treaties-view-below-lauge-skovgaard

▪ **PUBLIC CITIZEN RESEARCH BRIEF,** *Termination of Bilateral Investment Treaties Has not Affected Countries' Foreign Direct Investment Inflows*, April 2018, disponible sur https://www.citizen.org/wp-content/uploads/pgcw_fdi-inflows-from-bit-termination_finaldraft.pdf

▪ **SABET (J.),** « Investor-State Arbitration Meets Mediation : Is Mediation the Future of Investor-State Dispute Settlement in Africa ? », p. 4, disponible sur http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/10/02/investor-state-arbitration-meets-mediation-is-mediation-the-future-of-investor-state-dispute-settle

▪ **SADELEER (N.),** « La victoire du droit de l'UE sur le droit international des investissements », *Blog droit européen, Working Paper,* Avril 2021, disponible sur https://blogdroiteuropeen.files.wordpress.com/2021/04/wp-nicolas-de-sadeleer-investissement-final.pdf

▪ **SAGGI (K.),** *Trade, Foreign Direct Investment, and International Technology Transfer : A Survey,* Policy Research Working Paper, 2349, The World Bank, May 2000, pp. 22-24, disponible sur https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/d69ddc6b-cd58-5b0e-b80f-f436e4c137c1/content

- **SAUVANT (K. P.) ORTINO (F.),** *Improving the International Investment Law and Policy Regime : Options for the Future,* King's College London Law School, Research Paper N°2017-10, pp. 74-80, disponible sur http://wordpress.ei.columbia.edu/vcc/files/2014/03/Improving-The-International-Investment-Law-and-Policy-Regime-Options-for-the-Future-Sept-2013.pdf
- **SAUVANT (K. P.),** « Le régime juridique et politique international en matière d'investissement : quelles options pour l'avenir ? », *passerelles*, Vol. 17, n° 5, 29 juin 2016, disponible sur http://www.ictsd.org/bridges-news/passerelles/news/le-r%c3%a9gime-juridique-et-politique-international-en-mati%c3%a8re-d
- **SCHACHERER (S.),** « Independence and Impartiality of Arbitrators : A Rule of Law Analysis », *Seminar Paper,* January 2018, 27 p., disponible sur file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/unige_107171_attachment01.pdf
- **SCHRIJVER (N.),** « Self-determination of peoples and Sovereignty over Natural Wealth and Resources » *in* OHCHR, *Realizing the Right to Development*, 2013, p. 96, disponible sur https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/RTDBook/PartIIChapter5.pdf
- **SCHWIEDER (R. W.),** « Lessons for a Future Advisory Center on International Investment Law », *Columbia FDI Perspectives*, N° 241, December 2018, disponible sur https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/No-241-Schwieder-FINAL.pdf
- **SEATINI,** « Making Investments work for people : Proposals for adoption of Performance Requirements Measures in Investments policies, laws and agreements », *Policy Brief*, 2017, 6 p., disponible sur https://seatiniuganda.org/download/making-investments-work-for-people-proposals-for-adoption-of-performance-requirement-measures-in-investment-policies-laws-and-agreements/
- **SEBAHIZI (P.),** « Fast-tracking the Continental Free Trade Are : Regional Economic Communities (RECs) as Building Blocks », December 2016, 12 p., disponible sur https://www.tralac.org/news/article/10933-fast-tracking-the-continental-free-trade-area-regional-economic-communities-as-building-blocks.html
- **SECK (A.),** « Contenu local et traités d'investissements au Sénégal : cohabitation harmonieuse ou incompatibilité d'humeurs ? », *CERACLE,* 2020, 13 p, disponible sur https://ceracle.com/wp-content/uploads/2020/03/Contenu-local-et-trait%C3%A9s-dinvestissement-au-S%C3%A9n%C3%A9gal-Assane-SECK-1.pdf

- **SELIM (I.),** *Le Centre Régional du Caire pour l'Arbitrage Commercial International,* 53 p., disponible sur https://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/ppt_francais_crcica_2017.pdf
- **SERRURIER (E.),** « Le Code panafricain des investissements : un modèle imparfait d'un droit international économique au service du développement durable », disponible sur https://www.revues.scienceafrique.org/ngabandibolel/texte/serrurier2019/
- **SICRECI,** *Guía de compromisos en los Acuerdos Internacionales de Inversión y Prevención de controversias internacionales de inversión en Perú,* 23 p, disponible sur https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/r_aprendizaje/Guia_prevencion_controversias_inversiones.pdf
- **SILVENT (F.),** « Investissement responsable et responsabilité sociétale des entreprises : le rôle des investisseurs institutionnels », *Rapport moral sur l'argent dans le monde*, 2013, pp. 2-10, disponible sur file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/investissement-responsable-et-responsabilit-eacute-soci-eacute-tale-des-entreprises-le-r-ocirc-le-des-investisseurs-institutionnels%20(1).pdf
- **SIMO (R.),** « Chronique d'une mort annoncée ? À propos du mécanisme de règlement des différends commerciaux de la Zone de libre-échange continentale africaine », *Afronomicslaw blog*, 2019, disponible sur https://www.afronomicslaw.org/2019/08/19/chronique-dune-mort-annoncee-a-propos-du-mecanisme-de-reglement-des-differends-commerciaux-de-la-zone-de-libre-echange-continentale-africaine-zlecaf
- **SISTERSON (C.),** « Keeping It Local : Arbitration in Africa », December 10, 2021, disponible sur https://www.africa-legal.com/news-detail/keeping-it-local-arbitration-in-africa/
- **SORNARAJAH (M.),** « An International Investment Court : Panacea or Purgatory », *Columbia FDI Perspectives,* N° 180, 15 august 2016, 3 p., disponible sur https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/No-180-Sornarajah-FINAL.pdf
- **SORNARAJAH (M.),** « The Covid-19 Pandemic and Liability under Investment Treaties », *Southviews*, N° 204, August 11, 2020, disponible sur https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2020/08/SouthViews-Sornarajah-1.pdf

- **SPAETER (S.),** « Principe de précaution et comportements préventifs des firmes face aux risques environnementaux », 2002, 24 p, disponible sur https://core.ac.uk/download/pdf/6857574.pdf
- **STEPHAN (L.),** « El regionalismo en África, los desafíos de la Unión africana », https://www.academia.edu/38492460/Seminario_Africa_L%C3%A9na_Stephan
- **STEVEN (A. L.), THORNTON (N.),** « Two Roads - Two Tribunals : Recent 'Fork-in-the-Road' Interpretations », 16 décembre 2009, disponible sur http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/12/16/two-roads-two-tribunals-recent-fork-in-the-road-interpretations/
- **SUBEDI (S. P.),** « The Art of Negotiating Investment Treaties and Investments Contracts in a Changing World of International Investment Law », *in* **UN-OHRLLS**, *Legal Assistance to Make Foreign Investment Work Better for Sustainable Development in the Least Developed Countries*, Occasional Policy Papers Series on Least Developed Counties, N° 2, 2017, pp. 13-17, disponible sur https://www.un.org/ohrlls/sites/www.un.org.ohrlls/files/occasional-paper-no-2.pdf
- **ROBERT-CUENDET (S.),** « La protection du pouvoir de réglementation environnementale de l'État dans le cadre du contentieux du contentieux de l'expropriation indirecte. Investissement international et protection de l'environnement. », disponible sur https://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/Robert.pdf
- **TAYO (T. T.),** « Promouvoir les investissements pour stimuler le marché unique africain », *Institut d'Études de Sécurité,* Mars 2023, disponible sur https://issafrica.org/fr/iss-today/promouvoir-les-investissements-pour-stimuler-le-marche-unique-africain
- **TCHOUA SIPOWO (A. G.),** « Une possible conciliation des droits humains et de l'investissement : regard sur les principes de la Société africaine pour le droit international sur l'investissement international pour le développement durable en Afrique », 21 novembre 2016, disponible sur https://www.quidjustitiae.ca
- **TESTARD (H.),** « L'Asie dans les échanges mondiaux : l'ère des grandes mutations », *Asialyst,* 8 septembre 2021, disponible sur https://asialyst.com/fr/2021/09/08/asie-echanges-mondiaux-ere-grandes-mutations/

- **TRANSPARENCY INTERNATIONAL,** « L'impact de la corruption sur la croissance et les inégalités », *Anti-Corruption Helpdesk*, 11 p., disponible sur https://knowledgehub.transparency.org/assets/uploads/helpdesk/Impact_of_corruption_on_growth_and_inequality_2014_FR.pdf
- **VARBANOVA (N.),** « Ethiopian New Investment Framework : What Does It Means for Investors ? », 11 p., disponible sur http://www.tadessekiros.com/wp-content/uploads/ethiopias-new-investment-law%E2%80%93what-does-it-mean-for-foreign-investors.pdf
- **VASANI (B. S.) et al.,** « Treaty Protection for Global Patents : A Response to Growing Problem for Multinational Pharmaceutical Companies », *Insights*, October 2012, disponible sur https://www.jonesday.com/en/insights/2012/10/treaty-protection-for-global-patents-a-response-to-a-growing-problem-for-multinational-pharmaceutical-companies
- **VIÑUALES (J.) et al.,** « OECD Consultation on Investment Treaties and Climate Change : Response Paper », *in* OECD, *Investment Treaties and Climate Change*, OECD Public Consultation, January-March 2022, pp. 42-56, disponible sur https://www.oecd.org/investment/investment-policy/OECD-investment-treaties-climate-change-consultation-responses.pdf
- **VIS-DUNBAR (D.),** « EU Member States reject the call to terminate intra-EU Bilateral Investment Treaties », *Investment Treaty News*, February 2009, disponible sur https://www.iisd.org/itn/fr/2009/02/10/eu-member-states-reject-the-call-to-terminate-intra-eu-bilateral-investment-treaties/
- **VYSUDILOVA (Z.),** *« Fork in the Road Disposition* en matière d'arbitrage des investissements », 16 février 2019, disponible sur https://www.international-arbitration-attorney.com/fr/fork-in-the-road-provision-in-investment-arbitration/
- **YACKEE (J.),** « Traités d'investissement et corruption par l'investisseur : une défense émergente pour les États d'accueil », *Investment Treaties News*, N° 1, octobre 2021, disponible sur https://www.iisd.org/system/files/publications/iisd_itn_october_2012_fr.pdf
- **YOO (Y. Y.),** « Korea's Foreign Investment Ombudsman System and Aftercare Services », *UNESCAP,* 11 September 2018, 23 p., disponible sur https://www.unescap.org/sites/default/files/WGI_Presentation_From%20KOTRA.pdf

## C. Articles de presse


- **AFRONOMICLAWS,** « Call for application : Investment Expert placed in the AfCFTA Secretariat », *News and Events*, May 12, 2021, 2 p., disponible sur https://www.afronomicslaw.org/category/news-and-events/call-application-investment-expert-placed-afcfta-secretariat
- **AKA (A.),** « Les ministres en charge des investissements des États membres adoptent la politique et code des investissements de la CEDEAO », 31 octobre 2018, disponible sur https://fopao.pepsup.com/articles/actualites/les-ministres-en-charge-des-investissements-adoptent-la-politique-et-code-des-investissements-de-la-cedeao-62129
- **AOUI (F.),** « A l'Assemblée nationale : les députés ont voté la loi portant code des investissements », *Communiqué de presse,* 2020, disponible sur https://togopresse.tg/a-lassemblee-nationale-les-deputes-ont-vote-la-loi-portant-code-des-investissements/
- **AU-AFCFTA,** « The AfCFTA Investment Protocol : A Potential Game Changer for the African Continent ? », *News*, disponible sur https://au-afcfta.org/2023/05/the-afcfta-investment-protocol-a-potential-game-changer-for-the-african-continent/
- **CHAYTOR (B.),** « La ZLECA, un catalyseur du commerce numérique », *Tribune,* 2 septembre 2020, disponible sur https://resilient.digital-africa.co/blog/tech_voices/la-zleca-un-catalyseur-du-commerce-numerique-1-4/
- **CNP,** « Togo : Un nouveau code des investissements à la hauteur des ambitions du pays », *Communiqué de presse*, 17 septembre 2020, disponible sur https://www.cnp-togo.org/index.php/2020/09/17/togo-un-nouveau-code-des-investissements-a-la-hauteur-des-ambitions-du-pays/
- **COMMISSION EUROPEENNE,** *Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux,* Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et aux comité des régions, Bruxelles, le 7 juillet 2010, COM (2010)343 final, 15 p, disponible sur https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0343&from=SL
- **DELTOMBE (T.),** « Les guerres africaines de Vincent Bolloré », *Le Monde diplomatique*, Avril 2009, p, 1, 16, 17. Disponible sur https://www.monde-diplomatique.fr/2009/04/DELTOMBE/16970

- **EUROCHAM,** « Présentation du nouveau Code des investissements du Togo aux entreprises membres de la Chambre de Commerce Européenne au Togo », *Communiqué de presse*, 27 novembre 2020, disponible sur https://cce-togo.com/wp-content/uploads/2021/01/Communique-de-presse-Atelier-Code-des-investissements-du-TOGO.pdf
- **FRANCE 2**, « Quand Philip Morris empêche le Togo de lutter contre le tabagisme », 17 novembre 2017, extrait de **ENVOYE SPECIAL,** *Multinationale contre État : la loi du plus fort, 16 novembre 2017*, disponible sur https://www.francetvinfo.fr/replay-magazine/france-2/envoye-special/video-quand-philip-morris-empeche-le-togo-de-lutter-contre-le-tabagisme_2471586.html
- **HOLMEY (O.),** « Droit des affaires : l'arbitrage international dans le box des accusés », *in* Jeune Afrique, *Arbitrage international : pourquoi les États africains se rebellent,* https://www.jeuneafrique.com/dossiers/arbitrage-international-pourquoi-les-États-africains-se-rebellent/
- **INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE,** *Synthesis Report*, 2007, p. 68. Disponible sur https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/ar4_syr_full_report.pdf
- **KIRA (B.), MUMBO (V.), TAVENGERWEI (R.),** *Point à examiner à l'approche des négociations de la Phase II de la ZLECAf : enjeux de la politique commerciale numérique dans quatre pays d'Afrique subsaharienne*, UNECA, Document 16, janvier 2022, p. 8, disponible sur https://www.bsg.ox.ac.uk/sites/default/files/2022-03/Commerce%20nume%CC%81rique%20ZLECAf_FR.pdf
- **MUNYI (P.) et al.,** *A Gap Analysis on the African Model Law on the Protection of the Rights of Local Communities, Farmers and Breeders, and for the Regulation of Access to Biological Resources,* February 2012, disponible sur http://archive.abs-biotrade.info/fileadmin/media/Knowledge_Center/Pulications/GAP_Analysis_and_Revison_African_Model_Law_FINAL_2902_01.pdf
- **OMC,** « Les négociateurs chargés de la facilitation de l'investissements reprennent leurs travaux en vue d'une conclusion d'ici à la fin de l'année 2022 », *Nouvelles*, 27 janvier 2022, disponible sur https://www.wto.org/french/news_f/news22_f/infac_27jan22_f.htm

- **OMS,** *Certificat de lutte anti-tabac 2011 décerné à un Togolais : M. Ebeh Kodjo,* disponible sur https://www.afro.who.int/fr/news/certificat-de-lutte-antitabac-2011-de-loms-decerne-un-togolais-mr-ebeh-kodjo
- **ONU,** *Note d'information,* Atelier ONU-ATAF sur le prix de transfert : Aspects administratifs et développement récents, Ezulwini, Swaziland, 7-8 décembre 2017, 5 p., disponible sur https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/11/2017TP_02_FR_Note-informative.pdf
- **OXFAM,** *De l'aspiration à la réalité : Analyse de la Vision Minière Africaine,* 44 p., disponible sur https://www-cdn.oxfam.org/s3fs-public/bp-africa-mining-vision-030317-fr.pdf
- **PIEL (S.),** « Dans une affaire de corruption en Afrique, la justice française refuse le plaider-coupable de Vincent Bolloré », *Transparency France,* 26 février 2021, 4 p. disponible sur https://www.transparency-france.org/wp-content/uploads/2021/03/Dans-une-affaire-de-corruption-en-Afrique-la-justice-fran%C3%A7aise-refuse-le-plaider-coupable-de-Vincent-Bollor%C3%A9.pdf
- **REPUBLIC OF TOGO,** « Le Togo a un nouveau Code des investissements », 12 juin 2019, https://www.republiquetogolaise.com/investissement/1206-3229-le-togo-a-un-nouveau-code-des-investissements
- **TANDIA (D. A.),** « Quel système de règlement de litiges dans le cadre de la ZLECAf ? » *Afrimag, Entretien avec Me Mouhamed Kebe*, 22 mai 2023, disponible sur https://afrimag.net/me-mouhamed-kebe-managing-partner-de-geni-kebe-dla-piper-africa-quel-systeme-de-reglement-des-litiges-dans-le-cadre-de-la-zlecaf/
- **TCHAHA (S.),** « Les nouvelles technologies pour élever la qualité de vie des populations », *Interview réalisée par* Forbes Afrique, septembre 2015, pp. 61-63, disponible sur https://www.republicoftogo.com/content/download/92445/2299343/1
- **TCHOUNAND (R.),** « Global Gateway : l'offensive européenne de 150 milliards d'euros en Afrique », *La Tribune Afrique*, 11 février 2022, disponible sur w https://afrique.latribune.fr/finances/investissement/2022-02-11/global-gateway-l-offensive-europeenne-de-150-milliards-d-euros-en-afrique-903933.html

- **TILOUINE (P.), PIEL (S.),** « Concessions portuaires en Afrique : Vincent Bolloré déféré devant les juges d'instruction », *Le Monde,* 25 avril 2018, disponible sur https://www.lemonde.fr/societe/article/2018/04/24/ports-africains-vincent-bollore-en-garde-a-vue_5289749_3224.html
- **UE,** « Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre les États membres de l'Union européenne », *Journal officiel de l'Union européenne*, *(JOUE L 169)*, du 29 mai 2020, pp. 1-41, disponible sur https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=OJ%3AL%3A2020%3A169%3AFULL
- **UE,** « L'Union européenne (UE) et la République d'Angola entament des négociations en vue du tout premier accord sur la facilitation des investissements durables », *Communiqué de Presse*, Commission européenne, 22 juin 2021, disponible sur https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_21_3096
- **ZANARDI (Ch.),** « Philip Morris contre l'Afrique : le pot de terre contre le pot de fer ? », Agence Ecofin, 18 février 2015, disponible sur https://www.agenceecofin.com/ecofinblog/entry/20150218/philip-morris-et-l-afrique-le-pot-de-terre-contre-le-pot-de-fer


## VI. DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPÉDIES


- **CAMARA, J. OWONA (S.),** *Encyclopédie juridique de l'Afrique*. *Tome deuxième : Droit international et relations internationales*, Abidjan, Dakar, Lomé, Les Nouvelles Editions africaines, 1982, 396 p.
- **CORNU (G.),** *Vocabulaire juridique*, Paris, Assoc. Henri Capitant, PUF, 12 è éd., 2018, 1152 p.
- **GUENIEN (B.),** *Dictionnaire d'analyse économique : micro-économie, macro-économie, théorie des jeux, etc*., Paris, éd. La Découverte, coll. Repères, 2002, 568 p.
- **PEYRARD (J.), PEYRARD (M.),** *Dictionnaire de finance*, Paris, Vuibert, 2è éd., 2001, 305 p.
- **SALMON (J.) (dir.),** *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1200 p.
- **SMOUTS (M-C.), BATTISTELLA (d.), VENNESSON (P.),** Dictionnaire des relations internationales, 2è éd., Paris, Dalloz, 553 p.

## VII. PUBLICATIONS ET DOCUMENTS OFFICIELS D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES

### A. ORGANISATIONS ONUSIENNES

### 1. CNUCED/UNCTAD


- **CNUCED,** *Accélérer la mise en œuvre des évaluations de l'état de préparation au commerce électronique*, 2 è édition, UNCTAD/DTL/STICT/2022/5, 2022.
- **CNUCED,** *Accord de commerce, de promotion des investissements et de coopération technique entre la Confédération suisse et la république togolaise,* 1964.
- **CNUCED,** *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investments Rulemaking,* 2007.
- **CNUCED,** *Bilateral Investment Treaties in the Mid 1990s,* United Nations, 1998.
- **CNUCED**, *Contrats d'État,* Collection de la CNUCED sur les questions des accords internationaux d'investissement, New York et Genève, 2004.
- **CNUCED,** *Différends entre investisseurs et État : Prévention et mode de règlement des différends autres que l'arbitrage*, Publications des Nations Unies, New York - Genève, 2010.
- **CNUCED,** *Évolution récente du régime de l'investissement international : bilan de l'action menée dans le cadre de la deuxième phase de la réforme,* Novembre 2019.
- **CNUCED,** *Examen de la Politique d'Investissement (EPI) du Togo,* Genève, 2023,
- **CNUCED,** *Guide des bonnes pratiques en matière d'information sur la gouvernance d'entreprise,* New York-Genève, 2006.
- **CNUCED,** *Guide des bonnes pratiques en matière d'information sur la gouvernance d'entreprise,* New-York Genève, 2006.
- **CNUCED,** *International Investment Instruments: Compendium,* Vol. 1, 1996.
- **CNUCED,** *International Investments Agreements: Key Issues*, Vol. I, UN Publications, 2004.
- **CNUCED,** *L'investissement au service du développement : problématique actuelle,* Note du Secrétariat, 2011.
- **CNUCED,** *La contribution potentielle de la Zone de libre-échange continentale africaine à une croissance inclusive,* Rapport sur le développement économique de l'Afrique, 2021.

- **CNUCED,** *La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissement (AII),* Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international pour le développement, New York et Genève, 2009.
- **CNUCED,** *Les différentes options de réforme du régime des accords internationaux d'investissement proposées dans un rapport du CNUCED,* Communiqué de presse, 24 juin 2015.
- **CNUCED,** *Les flux financiers illicites et le développement durable en Afrique*, Rapport sur le développement économique en Afrique, Genève, 2020.
- **CNUCED,** *Manuel sur la protection du consommateur*, UNCTAD/DITC/CPLP/2017, Genève, 2017.
- **CNUCED,** *Menu d'action globale pour la facilitation des investissements,* Genève, 2016.
- **CNUCED,** *Portée et définitions*, Collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement, 2011.
- **CNUCED,** *Rapport sur l'économie de l'information. Libérer le potentiel du commerce électronique pour les pays en développement,* Nations Unies, 2015.
- **CNUCED,** *Rapport sur l'économie de l'information. Libérer le potentiel du commerce électronique pour les pays en développement,* Nations Unies, 2015.
- **CNUCED,** *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2006.*
- **CNUCED,** *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2012.*
- **CNUCED,** *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2013.*
- **CNUCED,** *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2015.*
- **CNUCED,** *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2017.*
- **CNUCED**, *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2018*
- **CNUCED,** *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2019.*
- **CNUCED,** *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2020.*
- **CNUCED**, *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2021.*
- **CNUCED,** *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2022.*
- **CNUCED,** *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2023.*
- **CNUCED,** *Rapport sur le développement économique en Afrique*, 2019.
- **CNUCED,** *Réforme du régime juridique des accords internationaux d'investissement : Phase 2*, Genève, juillet 2017

- **CNUCED,** *Reforming Investment Dispute Settlement: A Stocktaking,* IIA Issues Note, Issue 1, 2019.
- **CNUCED,** *Renforcer l'intégration économique régionale pour le développement de l'Afrique*, Rapport sur le développement économique en Afrique, Nations Unies, New York-Genève, 2009.
- **CNUCED,** *Rôle de l'information dans l'évaluation des risques et dans la publication par les entreprises d'informations plus utiles à la prise de décisions,* Note du secrétariat de la CNUCED, Genève, 1-3 novembre 2017.
- **CNUCED,** *Traitement de la nation la plus favorisée,* New York/Genève, Nations Unies, 2010.
- **CNUCED,** *L'évolution du commerce numérique des services*, Note du Secrétariat, Neuvième session, Genève, 4-6 juillet 2022, TD/B/C. I/MEM.4/26.
- **UNCTAD,** *African Continental free Trade Area: Design of Dispute Settlement Mechanism Should Reflect Preferences and Realities of All its Member States*, Policy Brief, N° 105, January 2023.
- **UNCTAD,** *Development Implications of International Investment Agreements,* IIA Monitor, N° 2, UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2007/2, 2007.
- **UNCTAD,** *Dispute Settlement: State-State*, UNCTAD Series on International Investment Agreement*,* New-York – Geneva, 2003.
- **UNCTAD,** *Enhancing the Role of Regional Development Banks*, Research Paper for the Intergovernmental Group of Twenty-Four on International Monetary Affairs and Development, July 2008.
- **UNCTAD,** *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries,* United Nations, New York, and Geneva, 2004.
- **UNCTAD,** *Host States Operational Measures,* UNCTAD Series, Issue on International Investment Agreements, New York, and Geneva, 2001.
- **UNCTAD, IIED**, « International Investment Agreements and Climate Action », *Policy brief based on a UNCTAD-IIED joint Webinar*, 4 February 2022.
- **UNCTAD**, *Intellectual Property Provisions in International Investment Agreements*, IIA Monitor, N°1, 2007.
- **UNCTAD,** *International Investment Agreements Reform Accelerator,* 2020.
- **UNCTAD,** *International Investment Policies and Public Health*, IIA Issue Note, 2021.

- **UNCTAD,** *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015.
- **UNCTAD,** *Investment Policy Responses to the Covid-19 Pandemic,* Investment Policy Monitor, Special Issue, N°4, May 2020.
- **UNCTAD,** *National Treatment*, International Investment Agreement (IIA) Issues Paper Series*,* 1999.
- **UNCTAD**, *Regional Economic Integration Organisations (REIO) Exceptions in MFN Treatment Clauses*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York, and Geneva, 2004.
- **UNCTAD,** *Transfer of Fund*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, Geneva, and New York, 2000.
- **UNCTAD,** *Transfer of Technology*, Series on Issues in International Investment Agreements, UN Doc, UNCTAD/ITE/IIT/28, 2001.
- **UNCTAD,** *UNCTAD Series in International investment Agreements*, Vol. IV, UN Publications, 1999.
- **UNCTAD,** *UNCTAD's Reform Package for International Investment Regime,* United Nations, New York, and Geneva, 2018.
- **UNCTAD,** *World Investment Report 2006 : FDI from Developing and Transition Economies : Implications for Development.* Sales N° E. 07 II. D 10, New York and Geneva, 2006.
- **UNCTAD,** *World Investment Report,* Special Economic Zones, 2019.


## 2. CNUDCI/UNCITRAL


- **CNUDCI,** *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) : Centre consultati*f, Note du Secrétariat, New-York, 14-18 février 2022.
- **CNUDCI,** *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-sixième session,* Vienne, 29 octobre-2 novembre 2018.
- **CNUDCI,** *Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États*, Rapport, 27-31 mars 2023.
- **UNCITRAL,** *Compilation of Best Practices on Investment Disputes Prevention and Mitigation*, Working Group III, March 2023.

▪ **UNCITRAL,** *Possible Reform of Investor-State Dispute settlement (ISDS) – Dispute Prevention and Mitigation – Means of Alternative Disputes Resolution,* Working Group III 39th Session, New-York, 30 March -3 April 2020.

▪ **UNCITRAL,** *Submission from the Government of Brazil* (A/CN.9/WG.III/WP.171).

▪ **UNCITRAL,** *Submission from the Government of Morocco* (A/CN.9/WG.III/WP.161).

▪ **UNCITRAL,** *Submission from the Government of South Africa* (A/CN.9/WG.III/WP.176).

**3. ONU**

▪ **AGNU**, *Charte sur les droits et devoirs économiques des États*, A/RES/3281 (XXIX), 12 décembre 1974.

▪ **ONU,** « Rapport final du groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée », *Annuaire de la Commission de droit international,* vol. II, 2 ème partie, 2015.

▪ **ONU,** *Convention des Nations Unies contre la corruption,* UNODC, New York, 2004.

▪ **ONU,** *Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités,* A/RES/69/116, 2014.

▪ **ONU,** *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, Résolution 3201 (S-VI) de l'Assemblée générale, United Nations Audiovisual Library of International Law, New York, 1 er mai 1974.

▪ **ONU,** *Déclaration concernant le nouvel ordre économique international*, Résolution 3201 (SV-1) de l'AGNU, 1er mai 1974.

▪ **ONU,** *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et de coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Résolution 2625 (XXV) de l'AGNU du 24 octobre 1970.

▪ **ONU,** *Introduction aux prix de transfert,* Atelier ONU-ATAF sur le prix de transfert : Aspects administratifs et développement récents, Ezulwini, Swaziland, 4-8 décembre 2017.

▪ **ONU,** *Pays en développement : le pari de la CNUCED pour faire du numérique un levier du développement,* New York, Avril 2018.

▪ **ONU,** *Programme de Développement Durable à l'horizon 2030,* Résolution A/RES/70/1 de l'AGNU du 25 septembre 2015.

- **ONU,** *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trentième session*, Annuaire de la Commission du droit international, Vol. II, 2è partie 1978.
- **ONU,** *Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies*, IV, 1926.
- **ONU***, Résolution 1803 relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles,* A/RES/1803 (XVII) de l'AGNU, 14 décembre 1962.
- **ONU,** *Résumé des arrêts, avis consultatifs et ordonnance de la Cour internationale de Justice* 1997-2002, New York, 2006.
- **ONU,** *Transformer notre monde : Programme de développement durable à l'horizon 2030*.
- **UNITED NATIONS,** *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries*, Department of Economic and Social Affairs, New York, 2021.


**4. <u>UNECA</u>**


- **UNECA,** *Politique d'investissements et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : implications pour l'intégration régionale,* Addis-Abeba, 2016.
- **UNECA**, *Les défis auxquels sont confrontés les États africains dans les négociations des contrats miniers et pétroliers, avec un accent particulier sur les clauses de stabilisation,* Note conceptuelle, Douala (Cameroun), 26 et 27 octobre 2016.
- **UNECA,** *Les liens entre les conventions de double imposition et les traités bilatéraux relatifs aux investissements*, Addis-Abeba, 2020.
- **UNECA,** *Rapport sur la gouvernance en Afrique II*, Addis-Abeba, 2009.
- **UNECA,** *État de l'intégration régionale en Afrique : Libéralisation et intégration du commerce des services en Afrique dans le cadre de la ZLECAf,* ARIA X, Addis-Abeba, 2022.
- **UNECA,** *Assessing regional integration in Africa (ARIA IX): Next steps for African Continental Free Trade Area,* Addis-Abeba*,* 2019.
- **UNECA,** *Vers la mise en place d'une zone d'investissement commune au sein de la Zone de libre-échange continentale africaine : uniformiser les conditions régissant les investissements intra-africains,* Addis-Abeba*,* 2021.
- **UNECA,** *Drivers for boosting intra-African investment flows towards Africa's transformation,* Addis-Abeba, February 2020.

- **UNECA,** *État sur l'intégration régionale en Afrique V : vers une zone de libre-échange continentale africaine,* Addis-Abeba, 2012.
- **UNECA,** *Governing the Continental Free Trade Agreement Area – Regional Economic Communities Interface,* Addis-Abeba, 2021.
- **UNECA,** *Next Steps for the African Continental Free Trade Area, Assessing Regional Integration in Africa,* ARIA IX, Addis Ababa, 2019.
- **UNECA,** *La nécessité impérative d'accélérer les négociations relatives au commerce électronique dans le cadre de la zone de libre-échange continentale africaine,* Addis-Abeba, 2020.


## 5. AUTRES ORGANISATIONS ONUSIENNES


- **HCDH,** *Principes directeurs relatifs aux entreprises et droits de l'Homme,* New York et Genève, 2011.
- **OHCR,** *La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme : guide interprétatif,* New York et Genève, HR/PUB/12/02, 2012.
- **OMS,** « Allocution liminaire du Directeur général de l'OMS lors du point de presse sur la Covid-19 », 11 mars 2020.
- **UNIDO,** *Africa Investment Promotion Agency Network,* disponible sur https://www.unido.org/our-focus/advancing-economic-competitiveness/investing-technology-and-innovation/investment-and-technology/africa-investment-promotion-agency-network-afripanet
- **UNIDO,** *UNIDO-Africa Investment Promotion Agency Network Inaugural Meeting*, Report, 20-23 November 2001.


B. OCDE/OECD


- **OCDE,** *Cadre d'action pour l'investissement*, Editions OCDE, Paris, 2015.
- **OCDE,** *Code de l'OCDE de la libération des mouvements de capitaux* : *quarante années d'expérience*, Editions OCDE, Paris, 2004.
- **OCDE,** *Code de l'OCDE de la libération des mouvements de capitaux,* Editions OCDE, Paris, 2018.

- **OCDE**, *Exceptions générales, réserves spécifiques des pays, dérogations temporaires,* Groupe de négociation sur l'Accord multilatéral d'investissement, Note du président, 2004.
- **OCDE,** *L'expropriation indirecte et le droit de réglementer dans le droit international de l'investissement,* Editions OCDE, n°2004/4, 2004.
- **OCDE,** *La Déclaration et les décisions de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales,* disponible sur https://www.oecd.org/fr/investissement/politiques-investissement/ladeclarationdelocdeetlesdecisions.htm
- **OCDE,** *La lutte contre les pots-de-vin et la corruption*, Synthèses, disponible sur https://www.oecd.org/fr/investissement/anti-corruption/conventioncontrelacorruption/1918243.pdf
- **OCDE,** *La norme du traitement juste et équitable en droit international des investissements,* Editions OCDE, 2004.
- **OCDE,** *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, Documents de travail sur l'investissement international. *DAFFE,* n°2009/2, 2004.
- **OCDE***, Perspectives des politiques d'investissement au Moyen-Orient et en Afrique du Nord,* Editions OCDE, Paris, 2021.
- **OCDE,** *Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE,* Paris, OCDE, 2015.
- **OCDE,** *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales,* Paris, OCDE, 2022.
- **OECD**, *Public Sector Transparency and the International Investor,* OECD Editions, 2003.
- **OECD,** *The Future of Investment Treaties: Background Note on Potential Avenues of Future Policies,* 6th Annual Conference on Investment Treaties, Paris, OCDE, 29 March 2021.
- **OECD,** *The Future of Investment Treaties*, Meeting Background, Track 2, 30 November 2022.

## C. OMC/WTO


- **OMC,** *Accord sur les ADPIC et les Conventions auxquelles il fait référence, Paris, OCDE,*
- **OMC,** *Règlement des différends dans le cadre de l'OMC,* Brochure établie à l'occasion du 20ème anniversaire de l'OMC, 2015.
- **OMC,** *Note d'information : Règlement des différends,* Dixième conférence ministérielle de l'OMC, Nairobi, 2015.
- **OMC,** *l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce,* Editions OCDE, 1994.
- **OMC,** *L'Accord général sur le commerce des services (AGCS),* Editions OCDE, 1994.
- **OMC,** *Programme de travail sur le commerce électronique,* W/T/274, 25 septembre 1998
- **OMC,** *Guide sur le de l'OMC*, Genève, 2018.
- **OMC,** *Ministerial Declaration on Doha Work Program*, Annex F (WT/MIN (05)/DEC), December 18, 2005.


## D. OUA/UA


- **OUA,** *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* adoptée par l'Assemblée générale de l'OUA le 28 juin 1981 à Nairobi (Kenya).
- **OUA,** *Plan d'action de Lagos* adopté en avril 1980.
- **OUA,** *Traité d'Abuja instituant la Communauté économique africaine* signé le 3 juin 1991.
- **UA**, « Continental Meeting on the Review and Consideration of the Pan-African Investment Code (PAIC) Speke Resort Munyonyo, Kampala, Uganda », 30 November – 2 December 2015.
- **UA**, *Accord portant création de la Banque africaine d'investissement*, Syrte, juillet 2005.
- **UA,** *Acte constitutif* signé le 11 juillet 2000.
- **UA,** *Agenda 2063, L'Afrique que nous voulons,* Version populaire, 2015.
- **UA,** *Convention de l'Union Africaine sur la cybersécurité et la protection des données à caractère personnel*, EX/CL846(XXV) adoptée le 24 juin 2014.
- **UA,** *Déclaration de Malabo sur la croissance et la transformation accélérées de l'agriculture en Afrique pour une prospérité partagée et de meilleures conditions de vie*, Doc. ASSEMBLY/AU/2(XXIII), 23 -24 juin 2014.

- **UA,** *Les institutions financières panafricaines,* Commission, Département des affaires économiques, 2017.
- **UA,** *Programme d'intégration minimum (PMI),* mai 2009.
- **UA,** *Projet de Protocole révisé sur les relations entre l'Union africaine (UA) et les Communautés économiques régionales (CER),* 2020.
- **UA,** *Projet de Stratégie de Transformation Numérique (2020-2030).*
- **UA,** *Protocole relatif à la Banque africaine d'investissement* adopté le 4 février 2009.
- **UA,** *Protocole sur les relations entre l'Union africaine (UA) et les Communautés économiques régionales (CER),* 2007.
- **UA,** *Rapport de l'intégration régionale africaine : Vers une Afrique intégrée, prospère et en paix,* Commission de l'UA, Addis-Abeba, 2019.
- **UA,** *Stratégie continentale pour le développement des indications géographiques en Afrique 2018-2023*.
- **UA,** *Vision du régime minier de l'Afrique*, février 2009.


**E. LES INSTITUTIONS INTERNATIONALES DE DÉVELOPPEMENT**


- **BAD,** *Le développement du secteur privé comme moteur de développement économique en Afrique,* Rapport sur le développement en Afrique, Tunis, 2011.
- **BAD,** *Politique en matière de coopération économique et d'intégration régionale*, février 2000.
- **BAD,** *Politique et stratégie d'intégration régionale (PSIR) 2014-2023. Intégration de l'Afrique : créer le prochain marché global,* 2015.
- **BAD,** *Stratégie du groupe de la banque en matière d'intégration régionale 2009-2012,* 4 février 2009.
- **BEI,** *La finance en Afrique : un développement vert, intelligent et inclusif du secteur privé,* Département des analyses économiques, 2021
- **THE WORLD BANK,** *Global Investment Promotion Benchmarking Report: Eyes on COMESA,* 2009.
- **THE WORLD BANK**, *Managing Investor Issues Through Retention Mechanism*s, 2022.
- **THE WORLD BANK,** *Retention and Extension of Foreign Direct Investment: Political Risks and Policy Response,* 2019.

### F. LES COMMUNAUTÉS ÉCONOMIQUES RÉGIONALES AFRICAINES


- **CAE,** *The East African Community Competition Act, 2006,* Legal notice N°09/2003, N° 2, September 7, 2007.
- **SADC,** *Memorandum of Understanding Amongst Competition Authorities of the Members States of the Southern African Development Community on Cooperation in the Field of Competition Policy, Law and Enforcement*, SADC/CCOPOLC/2016/6.
- *EAC Regional Intellectual Property policy on the Utilisation of Public Health-Related WTO-TRIPS flexibilities and the Approximation of national Intellectual Property Legislation*, February 2013.
- *COMESA Policy on Intellectual Property Rights*
- *Agreement Establishing a Tripartite Free Trade Area among the Common Market for Eastern and Southern Africa, the East African Community and the Southern African Development Community*, 6 October 2015.
- **COMESA,** *Regional Investment Agency Financial Statements*, External Auditor's Report, December 2020
- *SADC Protocol for Protection of New Varieties of Plants (Plants Breeders' Rights) in the Southern African Development Community*, 6 May 2014.
- **ECOWAS,** *West African Power Sector Regulation Project,* October 2006.
- **COMESA,** *Règles de concurrence du COMESA*, décembre 2004.
- **CEDEAO,** *Acte additionnel A/SA.1/12/08 portant adoption des règles communautaires de concurrence et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO,* 19 décembre 2008.


## VIII. INSTRUMENTS JURIDIQUES RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS

### A. TEXTES RÉGIONAUX D'INVESTISSEMENT

#### 1. Textes régionaux africains


- **CAE,** Modèle de code d'investissement *(EAC Model Investment Code)* de 2006.
- **CAE,** Modèle de traité d'investissement *(EAC Model Investment Treaty)* de 2016.
- **CEDEAO,** Acte additionnel portant adoption des règles d'investissement et leurs modalités d'application, 2008.

- **CEDEAO,** Code des investissements *(ECOWIC)* de 2018.
- **CEDEAO,** Projet de politique d'investissement, 2018.
- **CEDEAO,** Protocole sur l'énergie de 2003.
- **COMESA,** Accord de la Zone d'investissement commune du COMESA *(Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area)*.
- **COMESA,** Accord révisé de la Zone d'investissement commune du COMESA de 2017.
- *Protocol on Investment to Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area – Zero Draft,* 2021.
- *Protocol on Investment to Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area – Draft*, février 2023.
- **SADC**, Accord portant amendement de l'annexe 1 du Protocole sur la Finance et l'Investissement de la SADC, 2016.
- **SADC,** Modèle de TBI de la SADC (*SADC Model BIT*) de 2012.
- **SADC**, Modèle de TBI de la SADC (*SADC Model BIT*) de 2017.
- **SADC,** Protocole sur la Finance et l'Investissement de la SADC de 2006.
- **UA,** Code panafricain des investissements *(PAIC)* de 2016.

### 2. Textes régionaux étrangers

- Accord pour la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les États membres de l'Organisation de la Conférence Islamique (devenue Organisation de la Coopération Islamique).
- Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI).
- *ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, 1987.
- *ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA)* adopté en 2009.
- Convention unifiée pour l'investissement des capitaux arabes, signée le 26 novembre 1980.
- *Framework Agreement on the ASEAN Investment Area* adopté en 1998.
- *Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR* de 2017.
- Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011 sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux (2010/2203(INI), JOUE, C 296 E/96, 2 novembre 2012.

## B. TRAITÉS BILATÉRAUX D'INVESTISSEMENT (TBI )

- TBI Afrique du Sud - Sénégal de 1998.
- TBI Burkina Faso – Turquie de 2019.
- TBI Japon – Maroc de 2020.
- TBI Mali - Algérie de 1996.
- TBI Mali – Émirats Arabes Unis de 2018.
- TBI Maroc – Congo de 2018.
- TBI Maroc – Nigéria de 2016.
- TBI Maurice-Madagascar de 2004.
- TBI Rwanda – Singapour de 2018.

## C. MODÈLES DE TBI

- *Model Text for the Indian Investment Treaty* de 2016.
- Modèle de TBI de l'Italie de 2021.
- Modèle de TBI de l'Union Belgique-Luxembourg de 2019.
- Modèle de TBI des Pays-Bas de 2019.
- Modèle de TBI du Burkina-Faso de 2012.
- Modèle de TBI du Canada de 2021.
- Modèle de TBI du Maroc adopté en 2019.

## D. LÉGISLATIONS NATIONALES RELATIVES AUX INVESTISSEMENTS

- *Ethiopian Investment Proclamation N°1180/2020.*
- Loi angolaise sur l'investissement privé *(Private Investment Law)* de 2018.
- Loi N°038-2018/AN du 30 octobre 2018 portant Code des investissements du Burkina Faso.
- Loi n°2019-005 du 17 juin 2019 portant Code des investissements du Togo.
- *Namibian Arbitration Act of 1965 (Act N°42 of 1965)*
- *Namibian Investment Promotion Act 9 of 2016*, Law N° 199 of 31 August 2016.

- Ordonnance N°2018-646 du 1er août 2018 portant Code des investissements de la Côte d'Ivoire
- *South Africa Protection of Investment Act,* Act N° 22 of 2015, Official Gazette, Vol. 606, N° 39514.
- *Tanzania Wealth Resources (Permanent Sovereignty) Act* de 2017.

### E. AUTRES TEXTES JURIDIQUES

- Accord de Partenariat Trans-Pacifique (TPP en anglais) signé en 2016.
- Accord portant création de la zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf) adopté en 2018.
- CETA *(Comprehensive Economic and Trade Agreement)* entre l'UE et le Canada signé en 2016.
- Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP en *anglais*) signé en 2016
- Traité de Lisbonne signé en 2007
- Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) signé en 2007.

## IX. JURISPRUDENCES ET SENTENCES ARBITRALES

### A. SENTENCES ARBITRALES

#### 1. Sentences arbitrales CIRDI

- **CIRDI**, *Adel a Hamadi Al Tamimi c. Sultanat d'Oman,* Affaire n°ARB/11/33, 3 novembre 2015.
- **CIRDI**, *Africa Holding Company of America, inc. and Société Africaine de construction au Congo SARL c. République Démocratique du Congo,* Affaire n°ARB/05/21, 29 juillet 2008.
- **CIRDI,** *American Manufacturing & Trading, Inc c. République du Zaïre,* Affaire n°ARB/93/1, sentence du 21 février 1997.
- **CIRDI,** *Antoine Goetz et consorts et SA Affinage des métaux c. République du Burundi*, aff. n°ARB/01/2, sentence du 21 juin 2012.
- **CIRDI**, *Asa International SpA c. République arabe d'Egypte*, Affaire n°ARB/13/23, enregistrée le 13 septembre 2013.

- **CIRDI,** *Azurix Corporation c. République d'Argentine*, Affaire n°ARB/01/12, sentence du 1er septembre 2009
- **CIRDI,** *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. République unie de Tanzanie,* Affaire ARB n° 05/22, 24 juillet 2008.
- **CIRDI,** *Burlington Resources c. Equateur,* n°ARB/08/05, décision sur les demandes reconventionnelles, 7 février 2017.
- **CIRDI,** *Cargill inc. c. Mexique*, Affaire n°ARB (AF)/05/02, 18 septembre 2009,
- **CIRDI,** *Chartered Standard Bank c. La République unie de Tanzanie,* Affaire n°ARB/10/12, 2 novembre 2012.
- **CIRDI,** *CMS Gas Transmission Company c. la République d'Argentine,* Affaire n°ARB/01/08, 12 mai 2005.
- **CIRDI***, Corn Product International, Inc c. Mexique*, Affaire, n° ARB(AF)/04/1, 15 janvier 2008.
- **CIRDI,** *Cortec Minining Kenya Ltd, Cortec (Pty) Ltd, Stirling Capital Ltd c. Republic of Kenya,* n°ARB/15/29, sentence du 22 octobre 2018.
- **CIRDI**, *El Paso Energy International Company c. Argentine*, affaire n°ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011.
- **CIRDI**, *Electrabel S.A. c. Hongrie,* Affaire n°ARB/07/19, sentence du 19 novembre 2012.
- **CIRDI,** *Eli Lilly c. Gouvernement du Canada,* N°UNCT/14/2*,* sentence finale du 16 mars 2017.
- **CIRDI,** *Emilio Agustin Maffezini c. Royaume d'Espagne,* Affaire n°ARB/97/7, 13 novembre 2000.
- **CIRDI,** *Empresas Luccheti, SA et Luccheti Perou c. République du Pérou*, ARB/03/4, sentence du 7 février 2005.
- **CIRDI,** *Enron Corporation and Ponderosa Assets*, *LP* c. *Argentine*, Affaire n° ARB/01/3, 30 juillet 2010.
- **CIRDI,** *Enron Corporation Ponderosa Assets L. P. c. la République d'Argentine*, Affaire n°ARB/01/03, 22 mai 2007.
- **CIRDI,** *Ethyl c. Canada, Metaclad c. Mexique,* Affaire n° ARB/(AF)/97/1, 3 août 2005.
- **CIRDI,** *F. C. Arif c. Moldavie*, Affaire n°ARB/11/23, 8 avril 2013.
- **CIRDI**, *Feldam c. Mexique*, Affaire n°ARB(AF)/99/1, 16 décembre 2002,

- **CIRDI**, *Generation Ukraine c. Ukraine*, Affaire n° ARB/00/9, 16 septembre 2003.
- **CIRDI,** *Global Telecom Holding S.A.E c. Canada,* Affaire N° ARB/16/16, 4 février 2021.
- **CIRDI**, *Goetz c. République de Burundi*, Affaire n°ARB/01/2, 21 juin 2012
- **CIRDI**, *Gravilovic and Gravilovic d. o. c. Croatie*, n° ARB/05/22, sentence du 25 juillet 2018.
- **CIRDI,** *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG c. République du Ghana*, Affaire n°ARB/7/24, 18 juin 2010.
- **CIRDI,** *Hassan Awdin, Entreprise Business Consultants, Inc. et Alfa El Corporation c. Roumanie,* n°ARB/10/13, sentence du 2 mars 2015.
- **CIRDI,** *Houben v. Republic of Burundi*, Affaire n° ARB/13/7 du 12 janvier 2007
- **CIRDI,** *Inceysa Vallisoletana S. L. c. République de Salvador,* Affaire n°ARB/03/26, 2 août 2006.
- **CIRDI,** *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S. A., S. C. Starmill S.R.L. et Multipack S.R.L. c. Roumanie*, N°ARB/05/20, décision sur la compétence du 24 septembre 2008, sentence finale du 11 décembre 2013, décision d'annulation du 26 février 2016.
- **CIRDI**, *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, n°ARB/05/23, sentence sur la compétence du 6 juillet 2007.
- **CIRDI,** *Jan de Nul c. Egypte*, n°ARB/04/13, décision sur la compétence du 16 juin 2008.
- **CIRDI,** *Joseph C. Lemire c. Ukraine,* Affaire n°ARB/06/18, sentence 21 janvier 2010.
- **CIRDI,** *Joseph C. Lemire c. Ukraine*, Affaire n°ARB/06/18, sentence du 28 mars 2011.
- **CIRDI**, *Lanco International. c. République d'Argentine*, Affaire n°ARB/97/6, 8 décembre 1998.
- **CIRDI,** *LESI-Dipenta c. Algérie*, n°ARB/05/03, décision sur la compétence du 10 janvier 2005.
- **CIRDI,** *LG&E Energy Corporation et al. c. Argentine*, Affaire n°ARB/02/01, 3 octobre 2006.
- **CIRDI,** *Lundin Tunisia BV c. République de Tunisie*, Affaire n°ARB/12/30, sentence du 22 décembre 2015.
- **CIRDI**, *Mobil Investments Canada and Murphy Oil corporation c. Gouvernement du Canada*, Affaire n°ARB (AF)/7/4, 22 mai 2012.

- **CIRDI,** *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie,* affaire n°ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005.
- **CIRDI,** *Obed Besserglik c. République de Mozambique,* Affaire n°ARB (AF)/14/2, 28 octobre 2019.
- **CIRDI,** *Oded Besserglik c. République de Mozambique*, N°ARB(AF)/14/2, 28 octobre 2019.
- **CIRDI***, Parkerings-Compagniet, AS c. République de Lituanie,* Affaire n°ARB/05/8*,* sentence du 11 septembre 2007.
- **CIRDI,** *Patrick Mitchell c.République Démocratique du Congo,* décision du comité *ad hoc* du 1er novembre 2006.
- **CIRDI,** *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris S.A. Products et Habal Hermanos S. A. c. République orientale de l'Uruguay,* Affaire n° ARB/10/7, 8 juillet 2016.
- **CIRDI,** *Philip Morris c. République orientale d'Uruguay*, n°ARB10/7, sentence du 8 juillet 2016.
- **CIRDI,** *Piero Foresti, Laura de Carli et consorts c/ Republic of South Africa*, Affaire n°ARB(AF)/07/1, sentence finale, 4 août 2010.
- **CIRDI,** *République de Guinée équatoriale c. CMS Energy Corporation and others,* Affaire N°CONC(AF)12/2, 29 juin 2012.
- **CIRDI**, *Saba fakes c. Turquie*, Affaire n°ARB/07/20, sentence du 14 juillet 2010
- **CIRDI,** *Salini Construttori SpA, Italstrade SpA c. Royaume de Maroc*, Affaire n° ARB/00/4, 31 juillet 2004.
- **CIRDI,** *Salini Costruttori SpA c. Maroc,* décision sur la compétence, Affaire n°ARB/00/4, 23 juillet 2001.
- **CIRDI,** *SAUR International c. République d'Argentine*, Affaire n°ARB/04/4, sentence du 6 juin 2012.
- **CIRDI**, *Sempra Energy International c. Argentine*, Affaire n°ARB/02/13, 28 septembre 2008.
- **CIRDI,** *Spyridon Roussalis c. Roumanie,* Affaire n°ARB/06/1, 7 décembre 2011
- **CIRDI,** *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et al. c. Argentine*, Affaire n°ARB/03/19, sentence du 30 juillet 2010.

- **CIRDI,** *Supervision y Control S.A. c. The Republic of Costa Rica*, Affaire n°ARB/12/4, 18 janvier 2017.
- **CIRDI,** *Técnicos medioambientales (Tecmed) AS c. Mexique*, *Affaire* n°ARB (AF)00/2, 29 mai 2003.
- **CIRDI,** *Togo Terminal c. République du Togo,* Affaire n°ARB/18/18, enregistrée le 20 avril 2018.
- **CIRDI,** *Unión Fenosa Gas S.A. c. République arabe d'Egypte*, Affaire n° ARB/14/4, sentence du 31 août 2018.
- **CIRDI,** *Urbaser SA and Consorcio de Aguas de Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, n°ARB/07/26, 8 décembre 2016.
- **CIRDI,** *Victor Pey Casado c. République de Chili*, Affaire n°ARB/98/2, 8 mai 1998.
- **CIRDI,** *Waste Management v. United Mexican States,* Affaire n° ARB(AF)/00/3, 26 juin 2002.
- **CIRDI**, *Wena Hotels Ltd c. République Arabe d'Egypte,* Affaire n°ARB/98/4, 31 octobre 2005.
- **CIRDI,** *World Duty Free Company Ltd v. The Republic of Kenya*, Affaire n°ARB/00/7, 4 octobre 2006.

**2. Sentences arbitrales avec la procédure de la CNUDCI**

- **ALENA/CNUDCI,** Affaire *Glamis Gold Ltd c. États-Unis*, 8 juin 2009.
- **CNUDCI,** *Eli Lilly & Company c. Canada,* n° UNCT/14/2, Chapitre 11 ALENA, Sentence finale, 16 mars 2017.
- **CNUDCI**, *Methanex Corporation c. États Unis d'Amérique,* 3 août 2005.
- **CNUDCI,** *Philip Morris Asia Ltd (Hong Kong) c. Australie*, Affaire n°2012-12, sentence sur la compétence et la recevabilité du 17 décembre 2015.
- **CNUDCI,** *Romak S. A. (Suisse) c. République d'Ouzbékistan*, sentence du 26 novembre 2009.
- **CNUDCI,** *S. D. Myers c. Gouvernement du Canada,* 20 décembre 2002.
- **CNUDCI,** *Saluka Investments B. V. c. République tchèque*, sentence, 6 juin 2008.

### 3. Sentences arbitrales de la CPA

- **CPA**, *Chemin de fer dit Iron Rhine (Ijzeren Rijn) (Royaume de Belgique c. Royaume de Pays-Bas),* 24 mai 2005.
- **CPA,** *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company c. République d'Equateur,* affaire n°34877, sentence partielle sur le fond, 30 mars 2010.
- **CPA**, *Eureko c. République slovaque, N°2008-13,* sentence sur la compétence, l'arbitralité et la suspension, 26 octobre 2010.
- **CPA**, *Les Laboratoires Servier S.A.S. c. République de Pologne,* 14 février 2012.
- **CPA,** *République d'Equateur c. États-Unis*, Requête de la République d'Equateur, 28 juin 2011.

### 4. Autres sentences arbitrales

- Arbitrage ad hoc interétatique, *République d'Italie c. République de Cuba*, sentence préliminaire, 15 mars 2003.
- **SCC** (Chambre de Commerce de Stockholm), *Eastern Sugar B.V.C. c.République tchèque,* n°088/2004, sentence arbitrale partielle du 27mars 2007.

## B. DÉCISIONS DE L'ORD DE L'OMC

- **OMC,** *Japon – Boissons alcooliques II,* Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS8/AB/R, 4 octobre 1996.
- **OMC,** *Mexique – Sirop de maïs,* Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS132/AB/RW, 22 octobre 2001.
- **OMC,** *Russia –. Measures concerning Traffic in Transit,* Rapport du panel, WTO Doc. WT/DS512/R, 29 avril 2019.

## C. JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

### 1. Jurisprudence de la CIJ

- **CIJ,** *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République démocratique de Guinée c. République démocratique du Congo),* Arrêt du 19 juin 2012.
- **CIJ,** *Affaire de Interhandel (Suisse c. États-Unis d'Amérique),* Exceptions préliminaires, Arrêt du 21 mars 2021.

- **CIJ,** Affaire de *l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Arrêt du 11 juillet 1996.
- **CIJ,** *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd*, Arrêt du 5 février 1970.
- **CIJ,** *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), 27 juin 1986.
- **CIJ,** *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay),* Arrêt du 20 avril 2010.
- **CIJ,** *Affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), 25 septembre 1997.
- **CIJ,** *Application de l'Accord intermédiaire du 13 septembre 1995 (Ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce),* 5 décembre 2011
- **CIJ,** *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgique c. Espagne)*, Arrêt du 5 juillet 1970.
- **CIJ,** *Danemark et Pays-Bas c. République Fédérale d'Allemagne*, 20 février 1969.
- **CIJ***, Elettronica Sicula SpA (États-Unis d'Amérique c. Italie),* Arrêt du 20 juillet 1989.
- **CIJ,** *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas),* 20 février 1969.

### 2. Jurisprudence de la CPJI

- **CPJI,** *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, Arrêt du 30 août 1924.
- **CPJI,** *Usine de Chorzów,* Arrêt n°13, du 13 septembre 1928.
- **CPJI,** *Affaire Oscar Chinn*, Arrêt du 12 décembre 1934.

## D. JURISPRUDENCE DES COURS EUROPÉENNES

### 1. Jurisprudence de la CJCE/CJUE

- **CJCE,** *Affaire Commission c. Suède,* Affaire C-249/06, 3 mars 2009.
- **CJCE,** *Affaire Conegate Ltd c. HM Custom & Excise*, 121/85, 11 mars 1986.
- **CJCE,** *Costa c/ ENEL* (Affaire N°6-64), 15 juillet 1964.
- **CJCE,** *Van Gend en Loose c/ Nederlandse Administratie de Belastingen (Affaire 26/62),* 5 février 1963.

- **CJUE,** *Affaire Commission c. Finlande,* 19 novembre 2009.
- **CJUE**, *Affaire Slowakische Republik c. Achmea BV,* n° C-284/16, Arrêt du 6 mars 2018.

### 2. Jurisprudence de la Cour EDH

- **Cour EDH***, Handyside c. Royaume-Uni,* Requête N° 5493/72, Arrêt du 7 décembre 1976.
- **Cour EDH,** *Bimer SA c. Moldavie*, N°15084/03, Jugement du 10 juillet 2007.
- **Cour EDH,** *Marini c. Albanie,* N°3738/02, Jugement du 18 décembre 2007.
- **Cour EDH**, *Neftyanaya Kompaniya Yukos c/ Russie,* N°14902/04, 29 janvier 2009.
- **Cour EDH,** *Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd c. Pologne,* N°51728/99, Jugement du 28 juillet 2005.
- **Cour EDH,** *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, N° 48553/99, jugement du 25 juillet 2002.

## E. DÉCISIONS DES COURS ET COMMISSIONS AFRICAINES ET AMÉRICAINES

### 1. Décisions de la Cour/Commission africaine des droits de l'homme et des peuples

- **Commission africaine des droits de l'homme et des peuples,** *African Commission on Human and People's Rights, Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights CESR) c. République fédérale du Nigeria*, Communication 155/96, 2001.
- **Commission africaine des droits de l'homme et des peuples**, *Center for Minority Rights Group on Behalf of Endorois Welfare Council,* Communication 276/2003, 2009.
- **Cour ADHP,** *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. République de Kenya,* Affaire, N°006/2012, 26 mai 2017.

### 2. Jurisprudence des Cours régionales africaines

- **COMESA Court of Justice**, *Polytol Paints and Adhesive Manufacturers Ltd. Co. v. The Republic of Mauritius, Reference N°1 of 2012,* December 6, 2012.
- **Cour de Justice de la CEDEAO (ECCJ),** *Ocean King Nigeria Ltd c. République du Sénégal*, ECW/CCJIJUD/7/11, 8 juillet 2011.
- **Cour de Justice de la CEDEAO (ECCJ),** *The National Co-ordination Group of Departmental Representatives of Coffee-Cacao c. République de Côte d'Ivoire,* ECW/CCJ/APP/02/09, 17 décembre 2009.

- **EACJ,** *British American Tobacco v. Attorney General of Uganda,* Reference N° 7 of 2017.
- **EACJ,** *Modern Holding (E. A.) Ltd v. Kenya Port Authority,* Reference N°1 of 2008.
- **SADC Tribunal,** *Mike Campbell (Pvt) Ltd and Others v. The Republic of Zimbabwe*, Case N° 2/2007, Ruling delivered on November 28, 2008.

### 3. Jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme

- Cour Interaméricaine des droits de l'homme, Communauté *autochtone Sawhoyamaxa c. Paraguay,* 2006.

## X. SITES OFFICIELS

- https://au.int/fr/node/3587
- https://csd.columbia.edu/
- https://investmentpolicy.unctad.org/
- https://seatiniuganda.org/
- https://www.afdb.org/fr
- https://www.banquemondiale.org/fr/home
- https://www.iied.org/
- https://www.iisd.org/
- https://www.oecd.org/fr/
- https://www.southcentre.int/
- https://www.tralac.org/
- https://www.un.org/fr/
- https://www.uneca.org/fr

# INDEX

**A…….**

**Accords régionaux africains,** 42, 47, 48, 54, 61, 62, 64, 80, 81, 82, 83, 85, 88, 89, 91, 93, 96, 103, 106, 107, 109, 115, 117, 120, 121, 122, 123, 135, 136, 138, 139, 140, 142, 143, 146, 147, 149, 151, 152, 153, 154, 157, 158, 161, 164, 166, 171, 172, 175, 177, 179, 181, 182, 184, 195, 198, 199, 200, 202, 222, 225, 234, 240, 246, 248, 251, 255, 258, 260, 316, 341, 414, 488

**Admission des investissements**, 338, 367

**Africanisation**, 2, 233, 538

**Agence panafricaine du commerce et de l'investissement**, 395, 397, 442, 445, 446, 450, 462, 466

**Arbitrage**, x, 106, 208, 218, 233, 249, 265, 310, 358, 537, 551, 553, 557, 580, 584, 605

**B……..**

**Banque africaine d'investissement**, 451, 452, 454, 595, 596

**Bons offices**, 244, 247, 473, 489

**C…….**

**Changement climatique**, 301, 303, 304, 305, 306, 490, 566

**Clause de la nation la plus favorisée**, 48, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 97, 104, 110, 115, 119, 130, 145, 223, 274, 280, 321, 323, 324, 328, 331, 338, 348, 365, 367, 525, 576, 591

**Comité sur l'investissement**, 460, 461, 462

**Communautarisation**, v, vii, 37, 38, 262, 327, 333, 555

**Conciliation,** 28, 239, 240, 243, 244, 245, 247, 277, 304, 308, 358, 415, 473, 489, 560, 562, 581

**Continentalisation**, v, vii, 37, 261, 262, 318, 435, 479, 481, 485, 493

**Contrat d'investissement**, 159, 223, 315, 362, 375, 545

**Coopération institutionnelle**, 441, 442, 444, 447, 492

**Cour panafricaine d'investissement**, 468, 475, 476, 477, 479, 492

**D…….**

**Demandes reconventionnelles**, 308, 313, 314, 315, 316, 317, 346, 424, 541, 543, 555, 557, 572, 601

**Dénonciation**, 364, 381, 383, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 531, 542

**Droit de réglementation**, 62, 100, 107, 112, 147, 178, 190, 198, 200, 208, 250, 252, 280, 286, 287, 290, 301, 326, 348, 357, 364

**Droits des populations locales**, 192, 194, 278

**Droits des travailleurs**, 195, 196, 197, 252, 345

***Due diligence***, 75, 78, 172, 175

**E……..**

**Entreprises multinationales**, 11, 27, 156, 161, 162, 163, 166, 196, 197, 198, 204, 277, 594

**Etude des impacts**, 180, 181, 185

**Exigences de performance**, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 143, 287, 350, 351

**Expropriation indirecte**, 31, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 96, 113, 115, 118, 313, 322, 357, 525, 528, 529, 581, 594

**Extinction des TBI**, 381, 382, 383, 384, 385

**F……..**

**Facilitation des investissements**, 174, 292, 294, 295, 296, 297, 299, 300, 305, 319, 333, 361, 407, 441, 443, 444, 446, 447, 457, 459, 586, 588

**Fiscalité**, 61, 91, 128, 163, 321, 358, 450

**G…….**

**Garantie des investissements**, 14, 55, 95, 448, 449, 450, 478, 492, 529, 533, 598

**Gouvernance d'entreprise**, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 278, 341, 345, 367, 567, 574, 575, 587, 594

**H……**

**Harmonisation**, 26, 39, 262, 265, 285, 304, 318, 320, 330, 338, 344, 346, 349, 368, 369, 376, 386, 388, 409, 411, 420, 433, 434, 435, 437, 441, 453, 454, 479, 485, 491, 553

**I……...**

**Intégration régionale**, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 30, 31, 34, 39, 40, 100, 262, 264, 289, 297, 319, 320, 321, 322, 331, 373, 377, 378, 379, 394, 398, 420, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 433, 434, 435, 439, 446, 451, 452, 453, 514, 539, 543, 592, 593, 596

**Investissements directs étrangers**, 21, 32, 34, 35, 309, 310, 390, 394, 449, 532, 533, 543

**Investissements nationaux**, 14, 360, 398

**J……..**

***Joint-venture***, 140, 217

**L……..**

**Libéralisation**, 10, 54, 56, 59, 63, 191, 274, 275, 310, 330, 350, 398, 399, 401, 567

**Libéralisme économique**, 12, 177

**M…….**

**Marché commun**, 64, 133, 311, 379, 428, 430, 433, 443, 450, 451, 458, 564

**Médiation**, 207, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 247, 308, 310, 316, 365, 368, 460, 471, 473, 489, 523, 543, 548, 549, 562, 565, 573

**Mesures incitatives**, 128, 134, 139, 141, 297, 302, 303, 357, 358, 361, 362, 421

**Mondialisation**, 3, 14, 19, 21, 27, 36, 100, 293, 493, 518, 530

**Moralité publique**, 103, 106, 107, 108

**N…….**

**Nationalisation**, 80, 81, 82, 85, 86, 87, 322, 328, 357

**Négociation**, 18, 35, 56, 91, 102, 196, 235, 236, 237, 238, 239, 241, 273, 280, 353, 385, 392, 393, 394, 395, 396, 446, 457, 460, 463, 467, 478, 491, 522, 538, 545, 594

**Non-discrimination**, 27, 43, 46, 94, 110, 119, 321, 323, 331, 365, 399, 487, 544

**Nouvel ordre économique international**, 12, 552, 591

**O…….**

**Obligations des investisseurs**, 151, 152, 162, 167, 173, 174, 175, 178, 190, 193, 197, 205, 280, 301, 351, 361, 488

***Ombudsmen***, 457, 458, 460

**Ordre public**, 103, 104, 105, 106, 107, 167, 204, 347, 522

**P……..**

**Panafricanisation**, vii, 262, 263, 291, 318, 394, 442, 475, 483, 485, 490, 494

**Panafricanisme**, 20, 32, 36, 293, 455, 483, 575

**Points focaux**, 456, 458, 460

**Politique de concurrence**, 291, 309, 382, 409, 419, 420

**Promotion des investissements**, 18, 24, 39, 42, 61, 66, 84, 89, 112, 139, 151, 230, 275, 284, 292, 297, 299, 300, 322, 350, 354, 356, 358, 360, 366, 367, 417, 419, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 449, 450, 459, 492, 527, 552, 587

**Propriété intellectuelle**, 6, 53, 85, 113, 291, 309, 339, 340, 357, 382, 390, 398, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 420, 425, 466, 474, 553

**Protection "constante"**, 65, 73

**Protection de l'environnement**, 31, 96, 117, 118, 119, 120, 122, 178, 186, 188, 189, 190, 191, 195, 252, 282, 317, 345, 358, 367, 395, 488, 529, 532, 581

**Protection diplomatique**, 10, 249, 250, 558

**R……**

**RDIE**, xi, 116, 206, 207, 208, 212, 213, 214, 216, 220, 222, 226, 227, 228, 229, 231, 234, 245, 247, 251, 253, 254, 255, 256, 258, 308, 309, 311, 312, 313, 342, 365, 366, 402, 418, 455, 456, 461, 462, 463, 464, 465, 472, 475, 477, 478, 488, 508, 573, 590

**Régionalisme africain**, v, 3, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 23, 24, 29, 30, 31, 33, 36, 39, 40, 260, 262, 264, 293, 294, 434, 439, 493, 520, 522, 536, 542, 558

**Règlement amiable**, 235, 240, 241, 242, 244, 245, 256, 315, 358, 565

**Règlement interétatique**, 235, 245, 246, 248, 249, 250, 253, 254, 402

**Renégociation**, 116, 201, 385, 387, 388, 389, 390, 391, 446, 458, 531, 571

**Responsabilité Sociale des Entreprises**, xi, 173, 534

**S……..**

**Santé publique**, 84, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 117, 119, 120, 348, 357, 410, 412, 488

**Sécurité nationale**, 96, 97, 98, 100, 101, 107, 122, 123, 286, 588

**Standards de protection**, vii, 43, 46, 66, 68, 92, 115, 145, 199, 286, 301, 321, 322, 324, 325, 331, 338, 345, 351, 355, 357, 416, 419

**T……..**

**TBI extra-africains**, 351, 386, 387, 388, 392, 395

**TBI intra-africains**, 25, 343, 344, 376, 377, 378, 379, 381, 382, 384, 385, 386, 476, 483, 552

**Traitement juste et équitable**, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 76, 77, 111, 113, 130, 274, 275, 276, 280, 287, 301, 322, 324, 325, 328, 331, 339, 345, 347, 357, 361, 365, 367, 380, 401, 419, 439, 542, 594

**Traitement national**, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 57, 58, 61, 63, 68, 94, 110, 115, 119, 130, 131, 136, 137, 274, 306, 321, 323, 324, 327, 328, 331, 338, 348, 361, 365, 419, 551

**Transfert de capitaux**, 325, 338

**Transparence**, 27, 66, 153, 154, 157, 158, 160, 161, 162, 163, 185, 212, 221, 234, 251, 254, 299, 300, 332, 438, 461, 475, 477, 489, 591

**U…….**

**Uniformisation**, 376, 377, 378, 379, 552

**Z……..**

**Zone de libre-échange continentale africaine**, 32, 33, 265, 289, 291, 294, 306, 319, 379, 393, 400, 401, 429, 430, 433, 462, 474, 536, 568, 571, 580, 587, 592

# TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ-MOTS-CLÉS, RESUMEN-PALABRAS CLAVES, ABSTRACT-KEYWORDS ..... IV
SOMMAIRE ..... VI
LISTE DES ABRÉVIATIONS ..... VIII
INTRODUCTION GÉNÉRALE ..... 1
PARTIE I. LA « COMMUNAUTARISATION » VOLONTARISTE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS ..... 38
TITRE I. UNE RECONSIDÉRATION AUDACIEUSE DE LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ..... 41
Chapitre I. L'atténuation des standards de protection des investisseurs ..... 43
Section I. La réorientation des standards « relatifs » de traitement ..... 44
§ 1. L'encadrement du traitement national ..... 44
A. La reformulation du standard ..... 45
1. La référence aux « circonstances analogues » ..... 45
2. La clarification de l'analogie des circonstances ..... 47
B. Les exceptions au standard ..... 50
1. Les exceptions générales ..... 50
2. Les exceptions spécifiques ..... 51
§ 2. Le recadrage de la clause de la nation la plus favorisée ..... 54
A. La reconsidération de la clause ..... 54
1. L'omission de la clause ..... 54
2. La qualification de la clause ..... 57
B. Les limitations à la clause ..... 59
1. Les limitations ratione materiae ..... 60
2. Les limitations ratione temporis et ratione loci ..... 62
Section II. La reconsidération des standards « directs » de protection ..... 65
§ 1. La mutation du traitement juste et équitable et de la « protection constante » ..... 65
A. Le traitement juste et équitable, un standard repensé ..... 66
1. L'évitement du standard ..... 66
2. L'effritement du standard ..... 69
B. La pleine et entière protection et sécurité, un standard réajusté ..... 73
1. Les linéaments du standard ..... 73
2. Les aménagements au standard ..... 77
§ 2. La réadaptation des autres standards directs de protection ..... 80
A. La révision de la protection contre l'expropriation ..... 81
1. L'affinement de la règle de l'expropriation indirecte ..... 81

2. Le réajustement des critères de la compensation financière ..... 85
B. La limitation du transfert des fonds ..... 89
1. Des restrictions notables ..... 89
2. Une clairvoyance appréciable ..... 92
Chapitre II. La consolidation des droits des États d'accueil des investissements ..... 95
Section I. La réaffirmation du droit des États hôtes de réglementer les investissements ..... 96
§ 1. La permissibilité des clauses sécuritaires ..... 96
A. La prévision des mesures de sécurité stricto sensu ..... 96
1. Les mesures de sécurité nationale ..... 97
2. Les mesures liées à la paix et la sécurité internationales ..... 100
B. L'admission des mesures de sécurité lato sensu ..... 103
1. Les mesures tenant à l'ordre public ..... 103
2. Les mesures touchant à la moralité publique ..... 106
§ 2. La légitimité des mesures sanitaires et environnementales ..... 109
A. L'incorporation des mesures de santé publique ..... 109
1. Des mesures aux conséquences salutaires ..... 109
2. Des mesures à intérêt renouvelé ..... 113
B. L'insertion des clauses environnementales ..... 117
1. Des clauses indispensables ..... 117
2. Des clauses à portée variable ..... 120
Section II. La consécration du droit de recourir aux exigences de performance ..... 124
§ 1. Un droit de moindre importance dans les AII ..... 124
A. L'essence des exigences de performance ..... 125
1. De divers objectifs poursuivis ..... 125
2. De diverses formes empruntées ..... 127
B. La déliquescence des exigences de performance ..... 129
1. L'interdiction grandissante des exigences de performance ..... 129
2. Une interdiction largement contestable ..... 131
§ 2. Un droit en renaissance dans les textes régionaux africains d'investissement ..... 135
A. La possibilité d'imposer des exigences de développement économique ..... 135
1. Le renforcement du secteur privé local ..... 136
2. Le développement de l'expertise locale ..... 138
B. L'admissibilité des exigences de développement social ..... 140
1. Le recrutement et la formation d'employés locaux ..... 141

2. Le financement ou la réalisation d'œuvres sociales ..... 143
TITRE II. UNE RESTAURATION JUDICIEUSE DE L'ÉQUILIBRE ENTRE LES PARTIES PRENANTES ..... 150
Chapitre I. La prévision d'obligations à la charge des investisseurs ..... 152
Section I. Des obligations strictement liées aux opérations d'investissement ..... 153
§1. L'exigence d'une bonne gouvernance d'entreprise ..... 153
A. Le respect des meilleures pratiques de gouvernance d'entreprise ..... 153
1. Une exigence capitale ..... 154
2. Une exigence transversale ..... 156
B. L'observation des règles de transparence ..... 157
1. Le devoir de transparence par la divulgation d'informations ..... 158
2. Le devoir de transparence dans les prix de transfert ..... 161
§2. L'insistance sur l'éthique et la responsabilité dans la conduite des affaires ..... 164
A. L'abstention de pratiques corruptrices et non éthiques ..... 164
1. Une obligation négative des investisseurs ..... 164
2. Une intervention active des États hôtes ..... 168
B. L'engagement dans la responsabilité sociale des entreprises ..... 171
1. L'obligation de concilier les objectifs des parties prenantes ..... 171
2. Le devoir de protéger les consommateurs ..... 175
Section II. Des obligations exorbitantes des opérations purement économiques ..... 178
§1. La prégnance d'obligations socio-environnementales ..... 178
A. L'obligation ex ante d'évaluation des impacts ..... 179
1. Les aspects substantiels de l'évaluation des impacts ..... 179
2. Les aspects procéduraux de l'évaluation des impacts ..... 183
B. L'obligation ex post de bonne gestion environnementale ..... 185
1. L'obligation de respect des meilleures pratiques par les investisseurs ..... 186
2. La contribution nécessaire des États d'accueil ..... 188
§2. La substance des obligations sociales et politiques ..... 191
A. L'obligation de respect des droits humains ..... 191
1. L'obligation de respecter les droits des populations locales ..... 192
2. L'obligation de respecter les droits des travailleurs ..... 195
B. Les obligations socio-politiques ..... 198
1. Le devoir de respecter la souveraineté nationale de l'État hôte ..... 199
2. Le devoir de non-ingérence dans les affaires politiques de l'État hôte ..... 202
Chapitre II. La réadaptation des mécanismes de règlement des différends ..... 206

Section I. La défiance à l'égard du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) ..... 207
§1. Les raisons ..... 207
A. Les raisons tenant à la configuration des tribunaux arbitraux ..... 207
1. La sous-représentation avérée des arbitres africains ..... 208
2. La suspicion d'un déficit d'impartialité des tribunaux arbitraux ..... 211
B. Les raisons touchant à la procédure et à la jurisprudence arbitrales ..... 213
1. Le manque de cohérence et d'uniformité des décisions arbitrales ..... 214
2. Les coûts excessifs de la procédure et des sentences arbitrales ..... 216
§ 2. Les manifestations ..... 220
A. La restriction du mécanisme de RDIE ..... 220
1. L'exigence de l'épuisement des voies de recours internes ..... 220
2. L'encadrement de l'arbitrage par des conditions formelles ..... 224
B. La délocalisation du mécanisme de RDIE vers les juridictions et institutions africaines ..... 227
1. La saisine possible des juridictions communautaires africaines ..... 227
2. Le recours privilégié aux institutions arbitrales africaines ..... 231
Section II. La préférence pour d'autres modes de règlement des litiges relatifs aux investissements ..... 234
§ 1. L'exigence d'un règlement amiable des différends ..... 235
A. Le recours à la négociation directe ..... 235
1. L'usage de voies diversifiées ..... 235
2. Les avantages liés aux voies disponibles ..... 238
B. Le recours à la négociation assistée ..... 239
1. La médiation, un mécanisme manifestement utile ..... 240
2. La conciliation, un mécanisme également exploitable ..... 243
§ 2. La « réémergence » du mécanisme de règlement interétatique des différends ..... 245
A. La dualité du recours au mécanisme ..... 246
1. Le recours direct au contentieux interétatique par les États parties à un accord ..... 246
2. Le recours au contentieux interétatique au nom d'un investisseur ..... 248
B. L'ambivalence des effets du mécanisme ..... 251
1. Les atouts associés au mécanisme ..... 251
2. Les risques inhérents au mécanisme ..... 253

PARTIE II. LA « CONTINENTALISATION » PROGRESSIVE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS ..... 261
TITRE I. UNE « PANAFRICANISATION » NORMATIVE OBSERVABLE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT ..... 263
Chapitre I. Les innovations panafricaines en matière de réglementation des investissements ..... 265
Section I. Les innovations apportées par le Code panafricain des investissements (PAIC) ..... 266
§ 1. Des innovations louables ..... 266
A. Le développement durable, l'élément central des concepts définis ..... 267
1. La définition mesurée des termes « investissement » et « investisseur » ..... 267
2. L'appréhension ambitieuse de la notion de « contrat d'État » ..... 270
B. Le développement durable, l'élément fondamental des dispositions retenues ..... 274
1. Des omissions volontaires pour des raisons de développement durable ..... 274
2. Une responsabilisation corrélative des investisseurs en vue du développement durable ..... 276
§ 2. Des innovations discutables ..... 279
A. Des faiblesses formelles réelles ..... 279
1. La faible nature juridique du PAIC ..... 279
2. La forte dénaturation du « Code » panafricain ..... 283
B. Des carences matérielles apparentes ..... 286
1. Des règles apparemment protectionnistes ..... 286
2. Un traitement apparemment discriminatoire ..... 289
Section II. Les nouveautés envisagées dans Protocole de la ZLECAf sur l'investissement ..... 291
§ 1. Les nouveautés substantielles envisagées ..... 292
A. La focalisation sur la promotion et la facilitation des investissements ..... 292
1. Des justifications plausibles ..... 293
2. Les orientations substantielles ..... 297
B. La réitération du devoir de promouvoir le développement durable par les investissements ..... 301
1. La prévision d'incitations aux « investissements durables » : une particularité ..... 301
2. La conciliation « investissement » et « changement climatique » : une nouveauté ..... 304

§ 2. Les avancées procédurales espérées ..... 307
A. La prévision probable du mécanisme de RDIE ..... 308
1. Les facteurs explicatifs ..... 308
2. Les dispositions envisageables ..... 311
B. L'insertion espérée du mécanisme des demandes reconventionnelles ..... 313
1. Une démarche à engager ..... 314
2. L'approche à explorer ..... 315
Conclusion ..... 318
Chapitre II. Les implications de l'approche panafricaine de réglementation des investissements ..... 319
Section I. L'influence croissante du PAIC sur les textes d'investissement des CER ..... 320
§ 1. Des accords régionaux jadis très discordants ..... 320
A. Les discordances entre les textes élaborés par les CER d'Afrique australe et orientale ..... 320
1. L'approche relativement classique des textes de la SADC et de la CAE ..... 321
2. Les tendances réformatrices de l'Accord du COMESA sur l'investissement de 2007 ..... 323
B. Les discordances générées par les textes de la CEDEAO ..... 326
1. Les tendances particularistes du Protocole de la CEDEAO sur l'énergie ..... 327
2. L'approche révolutionnaire de l'Acte additionnel de la CEDEAO portant sur les investissements ..... 330
§ 2. Des accords régionaux désormais similaires ..... 334
A. Les similarités constatées dans les objectifs et les définitions ..... 334
1. Des objectifs communs ..... 334
2. Des définitions convergentes ..... 336
B. Les convergences observées dans les dispositions matérielles ..... 338
1. Des convergences encourageantes ..... 338
2. Des convergences frappantes ..... 341
Section II. La négligence décevante du PAIC par les États ..... 343
§ 1. La persistance des discordances dans les TBI ..... 343
A. La cohérence limitée des TBI intra-africains ..... 343
1. Une harmonisation insuffisante du TBI Maroc-Nigéria avec le PAIC ..... 344
2. Une harmonie inexistante entre le TBI Maroc-Congo et le PAIC ..... 347
B. L'incohérence accentuée des TBI signés avec les États tiers ..... 349
1. Les divergences exposées ..... 349

2. Les divergences expliquées ..... 352
§ 2. L'abondance des dissemblances dans les législations nationales d'investissement ..... 355
A. La non-appropriation du PAIC par les récentes législations nationales d'investissement ..... 355
1. L'indifférence déplorable des États d'Afrique occidentale ..... 356
2. La négligence regrettable des autres États africains ..... 359
B. L'improbable réadaptation des législations nationales antérieures au PAIC ..... 362
1. La remodulation incertaine du South African Protection of Investment Act ..... 363
2. La révision incertaine du Namibian Investment Promotion Act (NIPA) ..... 366
TITRE II. UNE CRISTALLISATION SOUHAITABLE DE L'INTÉGRATION CONTINENTALE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT ..... 372
Chapitre I. Pour l'instauration d'un cadre juridique continental cohérent ..... 374
Section I. L'impératif de coordination des instruments juridiques d'investissement au sein de la ZLECAf ..... 375
§ 1. La rationalisation des accords d'investissement conclus entre États africains ..... 376
A. L'uniformisation préférable des accords intra-africains ..... 376
1. Un exercice complexe ..... 377
2. Un défi surmontable ..... 379
B. L'extinction préalable des accords intra-africains ..... 382
1. Un moyen inhabituel proposé ..... 382
2. Une extinction mutuelle préconisée ..... 384
§ 2. L'harmonisation des accords d'investissement conclus avec les États tiers ..... 386
A. L'alignement des TBI extra-africains existants sur le Protocole portant sur les investissements ..... 386
1. L'urgence de dénoncer et de renégocier ..... 387
2. La pertinence de la renégociation et de la dénonciation ..... 389
B. L'alignement des futurs TBI extra-africains sur Protocole de la ZLECAf ..... 392
1. L'obligation de négocier sur la base du Protocole sur l'investissement ..... 392
2. Le besoin d'une négociation menée sous l'égide du Secrétariat de la ZLECAf ..... 394

Section II. Le devoir de coordination du Protocole sur l'investissement et des autres textes de la ZLECAf indirectement liés aux investissements ..... 397
§ 1. Pour une coordination accrue du Protocole sur l'investissement et des protocoles relatifs au commerce ..... 398
A. La coordination du Protocole sur l'investissement et les textes relatifs au commerce matériel ..... 398
1. La coordination des dispositions substantielles ..... 399
2. La coordination en matière contentieuse ..... 402
B. La coordination du Protocole sur l'investissement et du Protocole sur le commerce électronique ..... 404
1. Les enjeux de l'opération ..... 405
2. La nécessité de la coordination ..... 407
§ 2. Pour une articulation réussie entre le Protocole sur l'investissement et les textes portant sur la propriété intellectuelle et la concurrence ..... 409
A. L'articulation entre le Protocole sur l'investissement et le Protocole sur les droits de propriété intellectuelle ..... 410
1. Des risques d'incohérence à maîtriser ..... 410
2. Les techniques de mise en cohérence à utiliser ..... 414
B. L'articulation entre le Protocole sur l'investissement et le Protocole sur la politique de la concurrence ..... 418
1. La nécessité d'une bonne interaction normative ..... 419
2. Le procédé pour une bonne interaction normative ..... 422
Chapitre II. Pour l'édification d'un cadre institutionnel continental opérant ..... 427
Section I. L'approfondissement de l'intégration des institutions africaines impliquées dans les opérations d'investissement ..... 428
§ 1. La quête d'une intégration institutionnelle en vue de la régulation commune des investissements à l'échelle continentale ..... 428
A. La ZLECAf, potentielle vectrice de l'intégration institutionnelle désirée ..... 429
1. La ZLECAf, un cadre idéal à la coordination des actions des CER et de leurs ZLE ..... 429
2. La ZLECAf, un tremplin vers l'instauration de la Communauté économique africaine (CEA) ..... 432
B. L'UA, actrice essentielle à l'intégration institutionnelle recherchée ..... 434
1. La restructuration impérative des CER par l'UA ..... 435
2. La cristallisation impérieuse du « droit de l'UA » ..... 437

§ 2. La quête d'une intégration institutionnelle en vue de la promotion, de la garantie et du financements des investissements à l'échelle continentale ..... 441
A. Une coopération institutionnelle prônée en matière de promotion des investissements ..... 441
1. La coopération préalable entre les agences nationales et régionales de promotion des investissements ..... 442
2. La coopération incontournable avec la future Agence panafricaine du commerce et de l'investissement ..... 445
B. Une maturation institutionnelle souhaitée en matière de garantie et de financement des investissements ..... 447
1. L'institutionnalisation embryonnaire de la garantie des investissements à l'échelle régionale et continentale ..... 448
2. L'opérationnalisation nécessaire de la Banque africaine d'investissement ..... 451
Section II. L'établissement et le renforcement des institutions de prévention, de gestion et de résolution des litiges d'investissement impliquant les États africains ..... 455
§ 1. La création d'institutions de prévention et de gestion des différends relatifs aux investissements ..... 456
A. La création d'organes nationaux et panafricains de prévention et de gestion des différends d'investissement : une priorité ..... 456
1. L'institution voulue de Points focaux ou Ombudsmen nationaux et régionaux ..... 457
2. La proposition bienvenue d'un Comité sur l'investissement au sein de la ZLECAf ..... 460
B. Le projet de création d'un centre consultatif de la ZLECAf sur le droit international des investissements : une opportunité ? ..... 462
1. L'établissement probable d'un centre consultatif « multilatéral » sur le droit international des investissements : un facteur dissuasif ..... 463
2. L'élargissement possible des compétences de l'Agence du commerce et de l'investissement : une mesure palliative ..... 465
§ 2. L'activation des institutions de résolution des litiges relatifs aux investissements ..... 468
A. La mise à contribution des institutions juridictionnelles panafricaines ..... 468
1. La mobilisation désirable de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (CAJDH) ..... 469

2. L'improbable intervention de l'organe de règlement des différends de la ZLECAf ..... 472
B. Vers la mise en place d'une Cour panafricaine d'investissement ? ..... 475
1. Les rêves ..... 475
2. Les réalités ..... 477
CONCLUSION GÉNÉRALE ..... 486
ANNEXES : ..... 495
RÉSUMÉ EN LANGUE ESPAGNOLE ..... 495
Introducción ..... 497
PARTE I. La "comunitarización" deliberada del derecho internacional de inversiones ..... 500
PARTE II. La "continentalización" gradual del derecho internacional de las inversiones ..... 509
Conclusión ..... 515
BIBLIOGRAPHIE ..... 517
I. OUVRAGES GÉNÉRAUX ..... 518
II. OUVRAGES SPÉCIALISÉS ..... 523
III. THÈSES ET MÉMOIRES ..... 531
IV. EXTRAITS DE MÉLANGES, COURS, JOURNÉES D'ÉTUDES ..... 534
V. ARTICLES ET ÉTUDES ..... 539
A. Articles périodiques ..... 539
B. Articles et études en ligne ..... 561
C. Articles de presse ..... 583
VI. DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPÉDIES ..... 586
VII. PUBLICATIONS ET DOCUMENTS OFFICIELS D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES ..... 587
A. Organisations onusiennes ..... 587
1. CNUCED/UNCTAD ..... 587
2. CNUDCI/UNCITRAL ..... 590
3. ONU ..... 591
4. UNECA ..... 592
5. AUTRES ORGANISATIONS ONUSIENNES ..... 593
B. OCDE/OECD ..... 593
C. OMC/WTO ..... 595
D. OUA/UA ..... 595
E. Les institutions internationales de développement ..... 596

F. Les communautés économiques régionales africaines ..... 597
VIII. INSTRUMENTS JURIDIQUES RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS ..... 597
A. Textes régionaux d'investissement ..... 597
1. Textes régionaux africains ..... 597
2. Textes régionaux étrangers ..... 598
B. Traités bilatéraux d'investissement (TBI ) ..... 599
C. Modèles de TBI ..... 599
D. Législations nationales relatives aux investissements ..... 599
E. AUTRES TEXTES JURIDIQUES ..... 600
IX. JURISPRUDENCES ET SENTENCES ARBITRALES ..... 600
A. Sentences arbitrales ..... 600
1. Sentences arbitrales CIRDI ..... 600
2. Sentences arbitrales avec la procédure de la CNUDCI ..... 604
3. Sentences arbitrales de la CPA ..... 605
4. Autres sentences arbitrales ..... 605
B. Décisions de l'ORD de l'OMC ..... 605
C. Jurisprudence internationale ..... 605
1. Jurisprudence de la CIJ ..... 605
2. Jurisprudence de la CPJI ..... 606
D. Jurisprudence des Cours européennes ..... 606
1. Jurisprudence de la CJCE/CJUE ..... 606
2. Jurisprudence de la Cour EDH ..... 607
E. Décisions des Cours et commissions africaines et américaines ..... 607
1. Décisions de la Cour/Commission africaine des droits de l'homme et des peuples ..... 607
2. Jurisprudence des Cours régionales africaines ..... 607
3. Jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme ..... 608
X. SITES OFFICIELS ..... 608
INDEX ..... 609
TABLE DES MATIÈRES ..... 615