

Chapitre 3 : Le protocole sur l'investissement de l'Accord portant création de la ZLECAf : réformer le cadre réglementaire de l'investissement en Afrique pour un développement durable

L'investissement responsable renforce la transformation structurelle et le développement socioéconomique (chapitre 2). En Afrique, l'investissement étranger direct (IDE) a gagné en importance pour le développement, compte tenu de l'insuffisance de l'investissement privé intérieur, du caractère imprévisible de l'aide publique au développement et de la volatilité des investissements de portefeuille. Les perspectives à long terme d'un marché continental de 1,2 milliard de personnes vivant dans la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf) ont renforcé l'attrait du continent comme destination d'investissement. Conscients de ces faits, les responsables politiques africains se sont efforcés de promouvoir l'investissement étranger en modifiant les réglementations nationales et les traités internationaux.

L'investissement a augmenté, mais le niveau global des dépenses d'investissement reste faible (chapitre 1). Bien que les déterminants économiques soient un élément capital pour les flux d'investissement,¹⁸⁶ les cadres institutionnel et réglementaire ont également une influence¹⁸⁷. La progression des investissements est freinée par des problèmes structurels et des risques subjectifs qui réduisent les avantages attendus par les investisseurs.¹⁸⁸ La disparité des processus politiques des différents pays a ouvert la porte à un régime réglementaire complexe et manquant de cohérence¹⁸⁹ qui fait obstacle à l'intégration, déconcerte les investisseurs¹⁹⁰ et suscite des inquiétudes quant aux éventuelles répercussions négatives de l'investissement sur les pays d'accueil. En conséquence, la protection de l'investissement peut être en contradiction avec d'autres objectifs de politique publique et a souvent porté préjudice aux entreprises africaines.¹⁹¹

Avec les négociations relatives au protocole sur l'investissement de l'Accord portant création de la ZLECAf qui doivent commencer en 2021, l'élaboration de la politique d'investissement en Afrique entre dans une nouvelle phase. Le protocole, qui couronnera le cadre réglementaire de l'investissement au niveau continental, devrait s'inspirer du Code panafricain des investissements¹⁹², un instrument directeur non contraignant datant de 2017¹⁹³, tout en s'appuyant sur les innovations adoptées par les pays africains et les meilleures pratiques en matière de traités d'investissement depuis la conclusion du Code.¹⁹⁴

Le protocole sur l'investissement comportera probablement quatre piliers interdépendants – la promotion et la facilitation de l'investissement, la protection de l'investissement, les obligations des investisseurs et les autres engagements des États – que nous examinerons dans les parties suivantes du présent chapitre.¹⁹⁵ Il pourrait être la pierre angulaire d'une stratégie visant à créer un nouvel équilibre entre les intérêts des principales parties prenantes, les investisseurs privés et les pays d'accueil, mais aussi les pays d'origine, les communautés locales et le monde des affaires au sens large opérant dans les pays d'accueil. Le protocole incarnera une solution éminemment africaine aux problèmes liés aux flux d'investissement mondiaux, les trois premiers piliers, ainsi que les efforts déployés pour redéfinir la protection des investissements, renvoyant aux traités régionaux novateurs et à certains traités bilatéraux conclus en Afrique. Ces quatre piliers ont des conséquences précises, mais interdépendantes pour les possibilités d'action des pays hôtes (tableau 3.1).

Table 3.1 : Principaux grands objectifs et principaux risques des quatre piliers préconisés pour le protocole sur l'investissement de l'Accord portant création de la Zone de libre-échange continentale africaine

Piliers	Objectifs généraux	Risques
Promotion et facilitation de l'investissement	Réduire les coûts de transaction pour les investisseurs dans la recherche, la saisie et l'exploitation des possibilités d'investissement Éviter les conflits entre les États hôtes et les investisseurs	Des normes socioéconomiques et environnementales moins rigoureuses exigées par les investisseurs
Protection de l'investissement	Renforcer la confiance des investisseurs grâce à des garanties juridiques contre les risques politiques	Réduction de la marge de manœuvre disponible dont les pays disposent
Obligation des investisseurs	Aligner l'esprit d'entreprise sur les résultats du développement durable pour les pays et communautés d'accueil	Les investisseurs sont dissuadés d'investir ou incités à investir dans des pays tiers en raison d'obligations et de procédures de conformité onéreuses ou peu claires
Autres engagements des États	Créer un cercle vertueux entre l'investissement et le développement durable garanti par des obligations internationales imposées aux États afin d'éviter un nivellement par le bas préjudiciable	Les leviers juridiques pour assurer la conformité sont vidés de leur substance par la faiblesse des engagements ou des mécanismes d'application (qui pourraient être complétés par la pression internationale) L'adhésion est découragée par une approche inflexible qui menace les États dotés d'une infrastructure institutionnelle faible ou dont l'économie repose sur des modèles de production à faible coût

Source: CEA

Dans le présent chapitre, nous commençons par analyser les liens entre le futur protocole sur investissement de l'Accord portant création de la ZLECAf et d'autres niveaux de réglementation de l'investissement sur le continent. Nous passons ensuite en revue les politiques et traités d'investissement nationaux et régionaux existants et étudions dans les parties centrales du chapitre les quatre piliers qui pourraient servir de base au protocole sur l'investissement, et nous examinons les processus de réforme en cours du régime d'investissement international et leurs conséquences pour ces piliers. Nous concluons le chapitre par des recommandations. Tout au long de ce chapitre, nous abordons des questions essentielles pour garantir aux investisseurs africains des conditions égales.

Incidence du protocole sur l'investissement sur la situation de l'investissement en Afrique

Le protocole sur l'investissement de l'Accord portant création de la ZLECAf transformera les règles relatives à l'investissement sur le continent. Il sera probablement orienté vers le développement durable, et non pas seulement vers la protection de l'investissement.¹⁹⁶ Dans le protocole sur l'investissement, une approche moderne, consolidée, harmonisée et coordonnée¹⁹⁷ pourrait simplifier le régime réglementaire existant, incarner une solution africaine aux problèmes posés par l'attraction des investissements axés sur le développement, s'attaquer à la crise de légitimité subjective du régime d'investissement international et garantir des conditions égales pour toutes les entreprises.¹⁹⁸

Le protocole sur l'investissement vise à favoriser la transformation structurelle du continent, à exploiter le potentiel commercial des initiatives privées et à le traduire en résultats durables pour les communautés d'accueil. En créant des conditions de concurrence claires, prévisibles et égales pour tous les acteurs privés, il favorisera le développement d'un secteur privé efficace et compétitif.

Néanmoins, bien que les investisseurs nationaux et étrangers soient soumis aux mêmes règles, les premiers pourraient bénéficier d'une aide ciblée pour stimuler le développement des entreprises et la compétitivité à long terme. Les pays devront préserver la marge de manœuvre nécessaire pour continuer d'œuvrer au développement, y compris les stratégies commerciales et industrielles exploitant les avantages comparatifs statiques et dynamiques locaux pour les types de production à plus forte valeur ajoutée (chapitres 1 et 7).¹⁹⁹ La difficulté à laquelle se heurtent les décideurs réside dans l'adoption d'un cadre d'action qui soit clair et prévisible et offre en même temps une certaine souplesse pour les politiques de développement.

Sur le plan international et dans le contexte africain, les rédacteurs de traités doivent déterminer la relation entre le protocole sur l'investissement de l'Accord portant création de la ZLECAf et les traités d'investissement régionaux et bilatéraux existants (ou futurs). Le protocole, s'articulant autour du savoir-faire accumulé aux niveaux bilatéral et régional, pourrait remplacer tous les traités qui se chevauchent. Cela permettrait de rationaliser le cadre réglementaire, favoriser l'égalité des

chances et répondre au mieux à l'ambition de marché unique de l'Afrique, puisque le même ensemble de règles s'appliquerait sur tout le continent. Cette approche a été officiellement adoptée par 23 (sur 27) pays de l'Union européenne (UE) pour les traités intracommunautaires à la suite d'une décision de la Cour de justice de l'Union européenne qui avait jugé les traités d'investissement bilatéraux entre pays de l'UE incompatibles avec le droit communautaire.²⁰⁰

D'autres modèles, offrant une intégration à plusieurs vitesses ou à plusieurs niveaux, sont également possibles. D'autres traités régionaux ou bilatéraux pourraient continuer à fonctionner, le protocole sur l'investissement l'emportant en cas d'incohérence ou pour combler les lacunes. À l'instar de l'Accord portant création de la ZLECAf, le protocole pourrait définir une base commune, tout en permettant aux sous-régions de suivre des voies spécifiques.²⁰¹ Par exemple, le Code commun des investissements de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest prend actuellement le pas sur les autres traités d'intégration régionale, y compris les futurs traités.

D'autres modèles, offrant une intégration à plusieurs vitesses ou à plusieurs niveaux, sont également possibles.

De telles approches contribueraient moins à harmoniser les règles d'investissement au niveau international qu'un protocole sur l'investissement ayant la primauté. Des efforts seraient nécessaires pour éviter que la réglementation ne devienne encore plus complexe, et des règles mal coordonnées pourraient se traduire par un manque de clarté et de l'imprévisibilité. La multiplicité des types d'engagements des États en matière d'investissement, le chalandage fiscal auquel se livrent les entreprises étrangères et les procédures parallèles de règlement des différends augmenteraient la charge des établissements publics. Il serait possible de recourir à la clause de la nation la plus favorisée, souvent utilisée dans la pratique arbitrale pour importer et appliquer des dispositions d'autres traités, pour niveler les obligations des États, alors que les obligations de chaque pays seraient différentes, en fonction des traités en vigueur. La portée de la clause de la nation la plus favorisée pourrait être réduite dans la conception du protocole sur l'investissement. Mais pour les traités existants, en particulier les traités bilatéraux qui ne contiennent pas de telles garanties, des notes d'interprétation devraient être publiées.²⁰²

L'accès des entreprises aux marchés dépend de la manière dont les États souverains ont façonné la mise en place de conditions égales pour tous.²⁰³ Le protocole sur l'investissement de l'Accord portant création de la ZLECAf pourrait prévoir des engagements antidiscriminatoires en matière de création d'entreprise afin que les règles d'entrée soient les mêmes pour tous les acteurs, indépendamment de leur nationalité. Les négociateurs pourraient également convenir d'une liste de secteurs ne relevant pas du champ d'application du traité et de règles pour ajouter des secteurs à cette liste. À défaut, les clauses antidiscriminatoires pourraient entrer en vigueur pendant la phase opérationnelle d'un investissement. La première approche, plus libérale, favorise l'égalité des chances en libéralisant les règles et elle est plus conforme à l'ambition de marché unique de la ZLECAf, tandis que les obligations postérieures à la mise en place

de la ZLECAf accorderaient plus de latitude aux États en matière de politique d'investissement.²⁰⁴ Il existe des disciplines préalables à la mise en place de la ZLECAf dans certains accords régionaux, comme celui de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN), et dans des traités bilatéraux d'investissement africains, notamment certains avec le Canada, le Japon et les États-Unis. En revanche, tous les traités régionaux conclus sous l'égide des CER (à l'exception du traité portant création du Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe) et la grande majorité des traités bilatéraux d'investissement conclus en Afrique suivent l'approche postérieure à la mise en place de la ZLECAf.

Même si le protocole sur l'investissement de l'Accord portant création de la ZLECAf permet de pleinement rationaliser la situation de l'investissement sur le continent pour les investisseurs africains, les accords internationaux avec d'autres pays demeureront.

Même si le protocole sur l'investissement de l'Accord portant création de la ZLECAf permet de pleinement rationaliser la situation de l'investissement sur le continent pour les investisseurs africains, les accords internationaux avec d'autres pays demeureront. La plupart d'entre eux appartiennent à l'ancienne génération de traités pouvant avoir des répercussions sur la marge de manœuvre. Les traités régionaux couvrant à la fois les parties africaines et non africaines concernent tant les dimensions internes qu'externes, et les décideurs devront évaluer comment ces traités s'insèrent dans l'intégration continentale. Dans la mesure où les

normes de protection du protocole sur l'investissement sont moins élevées ou comportent des obligations supplémentaires pour les investisseurs, les investisseurs non africains seront avantagés et les entreprises africaines pourraient même être incitées à restructurer leurs activités en changeant de pays d'origine pour bénéficier de la protection en vertu d'un traité parallèle conclu avec un autre État.

Selon toute vraisemblance, le protocole sur l'investissement couvrira l'ensemble des 55 États membres de l'UA qui ont également signé l'Accord portant création de la ZLECAf. Les traités d'investissement internationaux couvrent généralement les personnes physiques et les personnes morales des États qui y sont parties, de sorte que l'application du protocole exclusivement aux investisseurs africains irait dans le sens d'un futur marché unique africain. En revanche, l'élargissement du traité à tous les investisseurs remplissant les conditions requises, comme le suggère le PAIC, pourrait s'avérer utile pour combler le fossé avec le domaine externe. Tous les investisseurs, se fondant sur la conceptualisation commune de l'investissement responsable prévue par le protocole, jouiraient du même niveau de protection, bénéficieraient de l'amélioration du climat des affaires, auraient accès à au moins certains mécanismes d'investissement et devraient respecter des obligations internationales identiques. Au fur et à mesure que les conditions égales pour tous, s'aplaniront, les mesures d'incitation à la restructuration des entreprises et à au chalandage fiscal seront moins nombreuses.

Il serait inhabituel de transformer une région en voie d'intégration économique en une zone d'investissement mondiale, à savoir une zone d'investissement commune où les entreprises, même celles des États non africains et non parties à l'Accord, pourraient bénéficier des avantages de la protection conférée par les traités.²⁰⁵ La capacité des décideurs à formuler des politiques propres à l'Afrique serait limitée par d'autres parties de l'architecture de la ZLECAf et aurait probablement des conséquences pour celle-ci, ce qui justifierait d'apporter tout le soin voulu à la conception du protocole sur l'investissement. Les mêmes normes de traitement des investisseurs, convenues au niveau continental et qui pourraient éventuellement être contenues dans le protocole sur l'investissement, pourraient être prises en considération au niveau national. Une promotion et une facilitation efficaces de l'investissement, outre une amélioration des établissements publics et du climat intérieur des affaires, pourraient être bénéfiques aux investisseurs africains et les inciter à restructurer l'investissement avec détermination pour obtenir un meilleur traitement.

Les règles en matière de propriété présentent une série d'options, par exemple, si le lieu d'immatriculation de l'entreprise qui investit dans un pays africain (ou le contrôle à travers une telle entreprise) est suffisant pour bénéficier de la protection conférée par le traité d'investissement. Dans l'affirmative, quelles sont les exigences, le cas échéant, en ce qui concerne le lien économique avec l'économie de ce pays? La nationalité de ses actionnaires (minoritaires), s'ils ne sont pas des ressortissants africains, est-elle pertinente pour l'application du traité?²⁰⁶ Étant donné que le protocole sur l'investissement prévoira probablement également des obligations pour les investisseurs, la portée précise du champ d'application du traité gagne en importance.

En Afrique, la démarche visant à étendre la champ d'application des traités aux investisseurs des États non parties a été suivie par le premier traité d'investissement de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) et potentiellement offerte par le premier traité d'investissement de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO).²⁰⁷ Toutefois, l'extension de la protection aux investisseurs des pays non parties n'a pas été retenue dans les itérations suivantes de ces traités, ce qui témoigne d'une certaine insatisfaction à l'égard de cette possibilité.

Si le champ d'application des traités est limité aux ressortissants et entreprises africains, les responsables politiques devront décider de la manière de traiter les traités conclus avec des pays extérieurs au continent. Le protocole sur l'investissement de l'Accord portant création de la ZLECAf peut définir les principes régissant le respect des obligations conventionnelles existantes et le désengagement vis-à-vis de ces obligations.²⁰⁸ L'annulation unilatérale des traités est une autre option, mais il faut généralement des années, voire des décennies pour mettre fin à la protection conférée.²⁰⁹

Interaction entre les lois internationales et nationales relatives à l'investissement

Le protocole sur l'investissement, comme plus généralement les traités internationaux, ne représente qu'une dimension des règles et règlements applicables aux investissements étrangers (tableau 3.2). La source de droit la plus importante et la plus immédiatement applicable aux investisseurs, tant étrangers que nationaux, est le droit interne.

Tableau 3.2 : Les trois dimensions des lois relatives à l'investissement

Dimension	Niveau	Investisseurs remplissant les conditions requises
Internationale	Continental (ZLECA)	Les Investisseurs africains remplissant les critères de définition du protocole sur l'investissement.
	Traités régionaux	Les investisseurs régionaux et, plus rarement, les investisseurs extérieurs à la région remplissant les critères des traités.
	Traités bilatéraux	Les investisseurs des deux parties contractantes remplissant les critères des traités.
Nationale	Législation nationale	Tous les investisseurs nationaux et internationaux acceptés en vertu de la législation nationale et reconnus comme tels par les autorités.
Contractuelle	Contrats entre les États et les investisseurs	Les différents investisseurs nationaux et internationaux (ou consortiums d'investisseurs) participant à certains projets.

Source: CEA

Les traités entre États ont une dimension internationale, les pays souverains étant censés assumer de leur plein gré les obligations qui en découlent. Une mesure gouvernementale portant préjudice à un investisseur peut être légale en vertu du droit interne, mais enfreindre les dispositions d'un traité international applicable (ou vice versa). Les États ne peuvent pas utiliser le droit interne pour justifier un acte illicite au niveau international. Le lien précis entre les traités internationaux et l'ordre juridique interne d'un pays donné est fonction de la Constitution de ce pays. Malgré cela, le droit interne reste pertinent en matière d'arbitrage (encadré 2). De plus en plus de commentateurs affirment qu'un recours accru au droit interne pourrait rééquilibrer le régime des investissements internationaux.²¹⁰

Encadré 3.1 : Interactions entre le droit international et le droit national dans les différends entre investisseurs et États hôtes

Les traités et le droit interne, sources distinctes d'obligations pour les investisseurs et les États, peuvent se chevaucher dans l'arbitrage international. Les traités d'investissement, sauf s'ils sont spécialement adaptés, s'appliquent à tous les aspects de l'investissement.¹

Les arbitres qui interprètent les traités d'investissement internationaux ont généralement à l'esprit les dispositions du droit interne, et il est inévitable que les arbitres internationaux leur accordent une certaine attention.² Le droit interne de l'État d'accueil peut être pertinent (mais pas toujours décisif), par exemple, pour appliquer les normes du traité,³ permettre aux actionnaires de saisir également les instances d'arbitrage,⁴ évaluer le comportement des investisseurs pendant la mise en œuvre de l'investissement,⁵ examiner les ruptures de contrats généralement conclus en vertu du droit interne,⁶ attribuer à l'État d'origine les actes commis par les organes paraétatiques et les sociétés d'État,⁷ établir ou reconnaître les droits de propriété qui, selon les investisseurs, ont été lésés (y compris les contrats et la propriété intellectuelle),⁸ et déterminer la nationalité (de l'entreprise) des investisseurs (en particulier en vertu du droit du pays d'immatriculation).⁹ Le droit interne peut également servir de droit applicable,¹⁰ mais les traités sont généralement imprécis dans leurs indications à ce sujet.¹¹

Les tribunaux ont manqué de cohérence dans leur approche du droit interne. Ils ont fait l'objet d'une surveillance plus étroite, car il a été estimé qu'ils accordaient peu d'attention au droit interne.¹² Douglas (2003), par exemple, a critiqué le tribunal dans l'affaire *Wena Hotels c/Égypte*,¹³ qui avait condamné le pays hôte après que les autorités ont saisi deux hôtels sans examiner si l'investisseur avait rompu le contrat de bail sous-jacent donnant naissance à des droits de propriété en vertu du droit interne.

Il arrive également que les tribunaux examinent si un investissement remplit les critères de légalité en droit interne sans qu'il y ait de référence précise à cet effet dans le traité invoqué, ou qu'ils aillent au-delà des critères prévus dans le droit interne lorsqu'ils examinent la nationalité des investisseurs¹⁴. Dans l'affaire *Salini c/Maroc*¹⁵ concernant le non-paiement présumé d'une autoroute nouvellement construite entre Rabat et Fès, le tribunal, dans sa décision statuant sur la compétence, a rejeté l'argument du Maroc selon lequel la Société nationale des autoroutes du Maroc était une entité privée disposant de ses propres actifs, puisqu'elle était en fait contrôlée par l'État (l'affaire a finalement été réglée).

Les liens entre les cours internationales d'arbitrage et les tribunaux nationaux varient également. Les investisseurs étrangers peuvent avoir recours aux tribunaux nationaux en raison des coûts financiers et de la nature du différend ou de l'entité en question, mais, s'ils ne sont pas satisfaits, ils peuvent réclamer une procédure d'arbitrage international.¹⁶ Les options procédurales dont disposent les investisseurs au moment du dépôt peuvent être réglementées par un traité. Il peut y avoir un chevauchement de compétences entre une juridiction nationale et une cour internationale d'arbitrage lorsque le même différend peut être soumis aux deux juridictions ou lorsqu'une partie du différend a déjà été examinée ou tranchée par

les juridictions nationales. Dans certains cas, un tribunal a suspendu la procédure lorsque des parties de l'affaire étaient en instance devant une juridiction du pays hôte. Les cours internationales peuvent également examiner la conduite des juridictions nationales, notamment en ce qui concerne les plaintes pour déni de justice. Enfin, le droit interne du pays où se trouve la cour peut permettre aux tribunaux nationaux d'examiner des sentences autres que celles du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), et les tribunaux du pays d'accueil peuvent parfois refuser de reconnaître et d'exécuter les sentences arbitrales.¹⁷

Certains tribunaux ont considéré que les investisseurs doivent chercher à obtenir réparation au niveau national sur une question de fond (plutôt que sur une norme de procédure)¹⁸. En revanche, lorsque les investisseurs ont épuisé les recours locaux, la mesure en question étant confirmée par les tribunaux locaux¹⁹, ils ont vu leurs chances de gagner en arbitrage diminuer, car les cours semblaient réticentes à examiner la mesure par rapport au traité, les laissant dans l'ignorance sur la conduite à tenir. Les cours semblent plus disposées à examiner la conduite des affaires par les juridictions locales que leurs décisions de fond.²⁰

1. Dolzer, 2005.
2. Stephan, 2014.
3. Hepburn, 2017; Salacuse, 2013; Sasson, 2017.
4. Salacuse, 2013; Sasson, 2017.
5. Sornarajah, 2017.
6. Douglas, 2003, Schreuer, 2010.
7. Sasson, 2017.
8. Salacuse, 2013; Sasson, 2017; Schreuer, 1996; Sornarajah, 2017.
9. Sasson, 2017.
10. Douglas, 2003.
11. Atanasova, 2019.
12. Douglas, 2003; Hepburn, 2017; Sasson, 2017; Stephan, 2014.
13. ICSID Case No. ARB/98/4.
14. Sasson, 2017.
15. ICSID Case n°. ARB/00/4.
16. Gáspár-Szilágyi, 2020.
17. Douglas, 2003.
18. Schreuer, 2010.
19. *Tel que Helnan c/Egypt*, ICSID Case n°. ARB/05/19.
20. Wehland, 2019.

Une ligne de conduite quelque peu différente est suivie par le Libéria, qui privilégie la conclusion de différents contrats d'investissement par rapport aux traités d'investissement internationaux²¹¹. Les contrats d'investissement sont généralement conclus entre des États et des investisseurs privés; ils portent sur des projets d'infrastructure ou d'exploitation minière de grande ampleur. Alors que les pouvoirs publics poursuivent généralement une multitude d'objectifs et de considérations de politique publique, les investisseurs se concentrent sur la proposition d'affaires et la stabilité dans le temps. Les investisseurs peuvent hésiter à conclure des contrats avec l'État en vertu de la loi de l'État d'accueil s'ils craignent des changements qui pourraient leur nuire. Ils pourraient donc préférer la loi d'une autre juridiction, voire le droit international ou de vagues usages en vigueur dans le secteur²¹². De même, les investisseurs cherchent généralement à faire insérer des clauses de stabilisation ou de gel dans leurs contrats afin de se prémunir contre les changements juridiques futurs, en particulier si la protection conférée par le traité est insuffisante.²¹³

Les contrats contiennent généralement des mécanismes de règlement des différends, qui sont souvent des tribunaux nationaux ou à une cour internationale d'arbitrage. Un conflit de juridiction peut toutefois survenir entre un tribunal national et un mécanisme d'arbitrage international fondé sur un traité à propos de créances contractuelles. Certains tribunaux ont examiné des créances contractuelles indépendamment de la clause relative au règlement des différends convenue dans le contrat sous-jacent.

De nombreux différends opposant investisseurs et États découlent de plaintes pour rupture de contrat. Sur l'ensemble des plaintes rendues publiques contre des États africains déposées par des investisseurs auprès du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements de la Banque mondiale, 66 invoquaient une rupture de contrat, contre 88 invoquant des traités internationaux d'investissement et 28 invoquant des lois nationales relatives à l'investissement. Les contrats étant généralement complexes (comme les contrats relatifs à la privatisation et aux partenariats public-privé), les capacités de l'État et les cadres juridiques et réglementaires doivent être suffisamment solides pour garantir une répartition claire, appropriée et complète des risques et des responsabilités.

Depuis toujours, les traités d'investissement internationaux, conçus pour protéger l'investissement n'ont pas permis aux pays d'accueil de porter plainte contre des entreprises privées devant des cours d'arbitrage, et les différends relatifs à la violation des obligations découlant du droit interne sont généralement examinés par les tribunaux locaux. Malgré cela, des gouvernements africains mécontents des résultats des entreprises ont entamé une procédure arbitrale fondée sur des contrats.

Les niveaux international, national et contractuel des règles relatives à l'investissement peuvent se chevaucher et, dans certains cas, s'appliquer en même temps (voir l'encadré 2). Par exemple, en vertu de différents traités régionaux, la Libye et l'Égypte ont dû assumer différents niveaux de responsabilité envers les investisseurs pour les dommages subis lors des troubles de ces dernières années.²¹⁴ Au niveau bilatéral, les pays africains ont largement suivi des modèles plus conservateurs de traités d'investissement avec une formulation plus courte et moins spécifique²¹⁵. Ces traités bilatéraux avantagent parfois les investisseurs non africains par rapport aux investisseurs nationaux et aux autres investisseurs africains. Le traité conclu entre le Nigéria et le Maroc en 2016 a été loué pour l'accent qu'il met sur le développement durable, mais il peut aussi révéler les difficultés posées par l'ancrage d'un tel modèle de traité.²¹⁶ L'Afrique du Sud a annulé les traités d'investissement conclus avec de nombreux pays occidentaux en raison de leur incidence sur sa politique intérieure, mais elle maintient en place des traités comportant des dispositions similaires ou identiques avec des pays africains et d'autres pays en dehors de la région.²¹⁷

Divers facteurs peuvent expliquer la divergence des normes de traitement entre les différents instruments politiques d'investissement. Il s'agit notamment du pouvoir et des capacités de négociation²¹⁸ et de la taille de la catégorie d'investisseurs concernés, qui peut aller d'un seul investisseur ou d'un petit groupe d'investisseurs dans un contrat à tous les investisseurs remplissant les conditions requises en

vertu du droit interne. Malgré cela, il est souhaitable que les différentes dimensions réglementaires soient cohérentes.²¹⁹ Les décalages normatifs et institutionnels entre les différentes sources de droit faussent les règles du jeu et provoquent l'incertitude. Les investisseurs peuvent avoir accès à des normes de protection et à des mécanismes de règlement des différends, en fonction du régime juridique invoqué. Les incohérences entre les différents niveaux juridiques peuvent donc inciter au chalandage fiscal.²²⁰

Régimes juridiques et politiques d'investissement au niveau national

Les États conçoivent des politiques d'investissement selon leur souhait en vertu du droit international coutumier. Sauf obligations internationales contraires, ils ne sont pas obligés d'autoriser l'investissement étranger²²¹. Les cadres nationaux d'investissement ont deux objectifs: promouvoir l'investissement étranger en prévoyant des mesures d'incitation et des garanties en matière de droits de propriété et contrôler l'investissement étranger par des restrictions et des obligations²²². L'investissement étranger est alors censé promouvoir le développement économique, les canaux exacts dépendant de la politique en vigueur, des attitudes idéologiques et des priorités nationales. La Proclamation éthiopienne sur l'investissement d'avril 2020 est un exemple typique à cet égard. La nouvelle loi vise à promouvoir l'investissement socialement et écologiquement responsable, renforcer la compétitivité, créer davantage d'emplois de qualité, favoriser les liens internes de l'investissement et exploiter et développer les ressources naturelles, culturelles, et autres. Elle vise également à encourager le rôle du secteur privé dans l'économie. En raison de la pénurie persistante de devises étrangères, les objectifs spécifiques consistent notamment à accroître les exportations et promouvoir la production nationale de produits de substitution aux importations.

Les pays africains font preuve d'une grande diversité dans leurs systèmes juridiques.

Les pays africains font preuve d'une grande diversité dans leurs systèmes juridiques. Les idiosyncrasies nationales ont été déterminées par l'histoire, l'idéologie et la concurrence de divers groupes d'intérêt, y compris le secteur privé et les organisations internationales. La plupart des États africains sont des États unitaires, et ils délèguent le pouvoir aux niveaux infranationaux de différentes manières, à l'instar de l'Éthiopie, du Nigéria

et du Soudan. Les systèmes juridiques nationaux africains ont été déterminés ou influencés par le droit civil (issu de la tradition belge, française ou portugaise), la *common law* (dans le Commonwealth),²²³ le droit islamique (en particulier en Afrique du Nord et en Afrique de l'Ouest) ou par une combinaison de ces droits²²⁴. Parallèlement au droit formel, certains pays peuvent également appliquer le droit autochtone ou des mécanismes coutumiers de règlement des différends, notamment l'Éthiopie et le Rwanda. Le droit autochtone réglemente souvent l'accès à la terre. Par exemple, en Zambie, plus de 90 % des terres sont administrées par des chefs traditionnels.

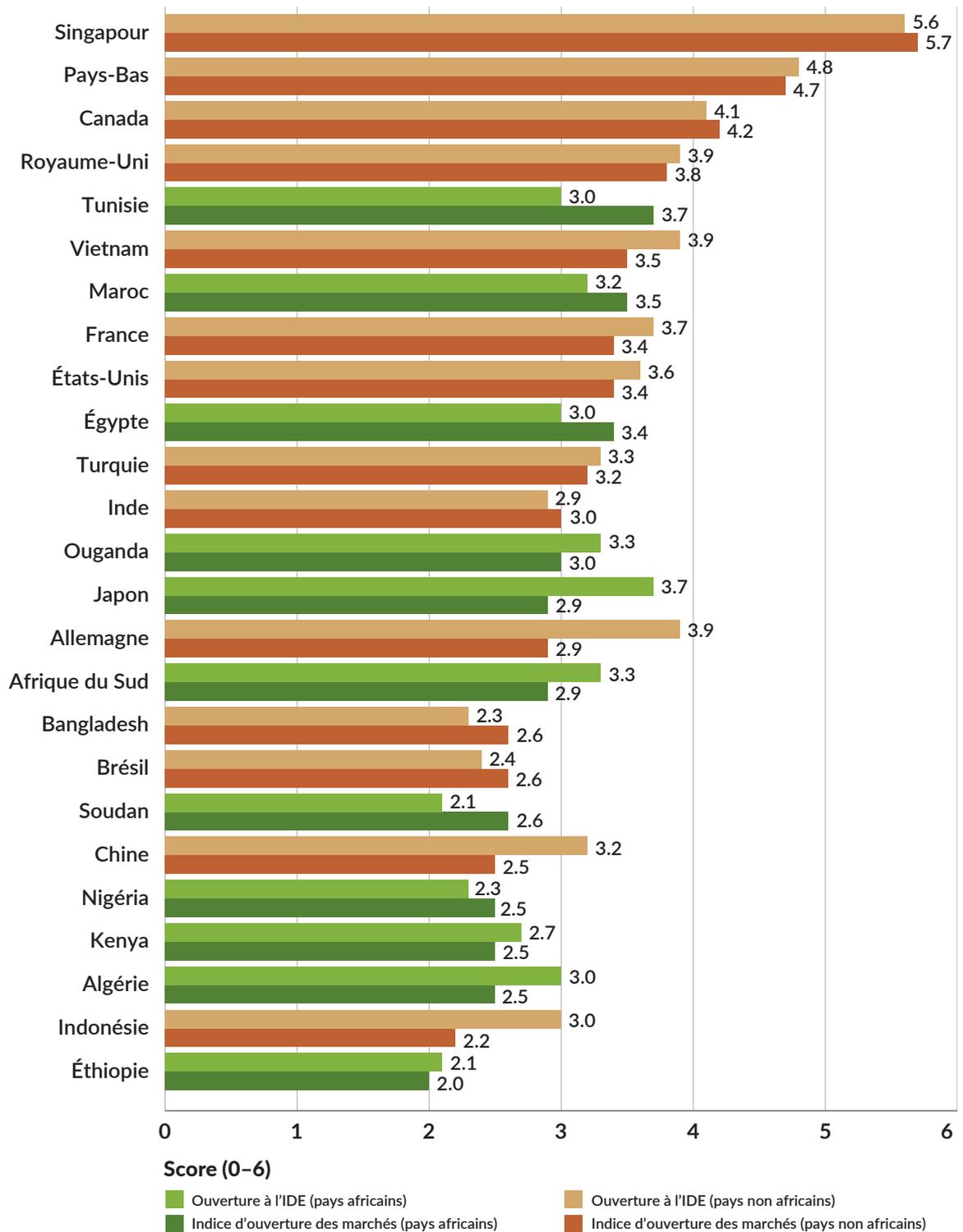
Les pays de common law sont généralement considérés comme monistes, ce qui signifie que, dès leur ratification, les traités internationaux sont transposés dans le droit interne. Les pays de common law appartiennent au groupe dualiste qui nécessite une étape intermédiaire de transposition, généralement par l'intermédiaire d'un acte législatif. Les systèmes juridiques britannique et français ont également conditionné les premières lois sur l'arbitrage, même si, par la suite, la Loi type de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur l'arbitrage commercial international a gagné en importance.²²⁵

Poursuivant la transformation économique grâce à l'industrialisation, les pays africains ont attribué à l'État un rôle important dans l'économie, en limitant et conditionnant l'accès des capitaux étrangers au cours des premières années de la décolonisation (mais parfois aussi en l'encourageant à travers des avantages fiscaux)²²⁶. Les pays s'identifiant au camp socialiste ou se sentant solidaires avec lui ont souvent nationalisé des entreprises ou par la suite des secteurs industriels entiers, souvent des entreprises liées aux industries extractives et aux services financiers,²²⁷ et ont réservé des pans entiers de l'économie à leurs propres ressortissants²²⁸. Depuis la fin des années 1970, les pays africains mettent davantage l'accent sur les forces du marché. La libéralisation interne et externe, y compris la suppression ou l'assouplissement du contrôle des prix, la réduction des obstacles au commerce et à l'investissement et la privatisation, a été intensifiée dans le cadre des programmes d'ajustement structurel des années 80 et 90²²⁹. Les cadres améliorés relatifs à l'IDE ont souvent été complétés par des conventions de double imposition et des conventions bilatérales d'investissement.²³⁰

L'ouverture des marchés intérieurs crée les conditions propices à une augmentation du capital fixe et une amélioration de l'efficacité économique et de la compétitivité qui en découlent, ouvrant la voie à une industrialisation à forte intensité de main-d'œuvre. L'intégration dans les architectures économiques régionales et mondiales peut agir comme un vecteur de développement, mais la libéralisation peut aussi provoquer des chocs sur l'économie. L'élimination prématurée des obstacles peut renforcer les avantages comparatifs statiques, freinant les progrès vers une production à valeur ajoutée lorsque les producteurs potentiels locaux ne peuvent pas suivre le rythme des concurrents internationaux.

Il n'existe actuellement aucune évaluation internationale fiable, accessible au public et complète de l'ouverture à l'IDE dans tous les pays africains. Sur l'indice d'ouverture des marchés établi par la Chambre de commerce internationale, qui se concentre principalement sur le commerce, les pays africains couverts se classent généralement dans la « moyenne » ou « en dessous de la moyenne ». S'agissant de l'ouverture, les pays d'Afrique se situent généralement très bas dans le classement si l'on considère uniquement l'IDE – à la fois la réglementation de l'IDE et son poids relatif dans l'économie nationale. En revanche, comme le montre l'indice, l'Égypte, le Maroc et la Tunisie, trois États d'Afrique du Nord, affichent une ouverture à l'IDE comparable à celle de certains des pays qui se sont développés le plus rapidement ces dernières années (comme la Turquie et le Vietnam), ainsi que de pays industrialisés comme les États-Unis et la France (figure 3.1).

Figure 3.1 : Ouverture des marchés et de l'IDE, comparaison mondiale, 2017

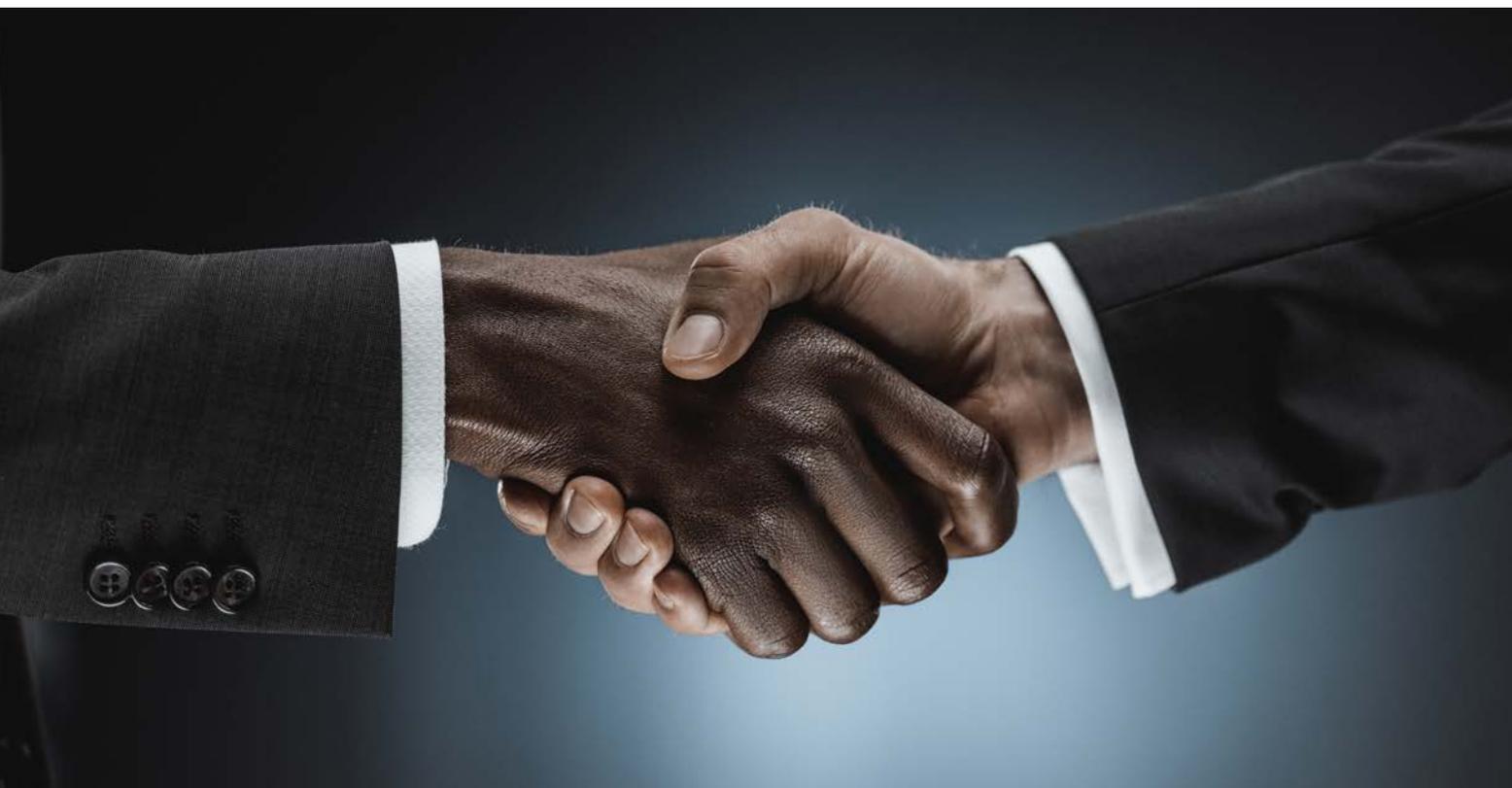


Source: CCI, 2017.

Note: L'indice d'ouverture des marchés est un indice composite pondéré englobant l'ouverture commerciale, la politique commerciale, l'ouverture à l'IDE et les infrastructures favorables au commerce.

Les obstacles à l'investissement étranger peuvent prendre diverses formes plus ou moins explicites. La fermeture de certains marchés aux investisseurs étrangers peut être un élément clé de la politique économique nationale, par exemple pour favoriser certains secteurs ou protéger les emplois formels (chapitre 7). Les lois nationales permettent aussi généralement de modifier les règles relatives à l'entrée des investissements pour des raisons de sécurité nationale ou de morale publique. Ces arguments peuvent s'avérer malléables, et une certaine discrétion peut être souhaitable, voire nécessaire. En revanche, des règles claires et transparentes, complétées par des mécanismes de responsabilisation, réduisent au minimum les risques d'appropriation par des groupes d'intérêt qui pourraient exploiter les arguments contre la libéralisation pour écarter des concurrents, tout en empêchant les mauvaises pratiques et la corruption d'avoir une incidence sur le climat des affaires au niveau local.

De nombreux codes des investissements de pays africains, dont ceux du Burkina Faso, de la Guinée-Bissau et du Maroc, ont totalement ouvert leur économie aux investisseurs étrangers. Parfois, ils peuvent être annulés par des règlements spécifiques. En Éthiopie, à partir de 2020, après la levée des restrictions sur certains secteurs, dont les services de radiodiffusion et les services financiers, les investisseurs étrangers pourront avoir accès à tous les secteurs, sauf si cela est contraire à la loi, à la morale, à la santé ou à la sécurité publique. Au Nigéria, les investisseurs étrangers ne peuvent pas avoir accès à certains secteurs, tels que les stupéfiants, la production d'armes et de munitions, et les vêtements militaires et paramilitaires. Quelques pays réservent certaines professions aux ressortissants nationaux; il en va ainsi du métier de pharmacien au Tchad.



Plusieurs pays africains limitent les prises de participation dans les entreprises nationales, soit dans l'ensemble de l'économie, soit dans des secteurs ciblés, afin de soutenir les entrepreneurs nationaux ou de limiter les sorties de fonds. Ce type de restriction est sur le déclin depuis les années 90.²³¹ En 2018, la Namibie a annulé les quotas applicables à la prise de participation et à la gestion imposés aux Namubiens noirs pour les licences d'exploration de ressources minérales.

Allant à contre-courant de la tendance, l'Algérie a adopté en 2009 une loi plafonnant à 49 % la participation des investisseurs étrangers dans les entreprises algériennes, réservant la majorité des parts aux partenaires locaux. La Tanzanie exige que les partenaires locaux détiennent une participation de 30 % dans les sociétés minières et les compagnies d'assurance et une participation de 51 % dans la radiodiffusion par voie hertzienne.

Allant à contre-courant de la tendance, l'Algérie a adopté en 2009 une loi plafonnant à 49 % la participation des investisseurs étrangers dans les entreprises algériennes, réservant la majorité des parts aux partenaires locaux. La Tanzanie exige que les partenaires locaux détiennent une participation de 30 % dans les sociétés minières et les compagnies d'assurance et une participation de 51 % dans la radiodiffusion par voie hertzienne. Les appels d'offres pour les projets publics en Angola exigent souvent que les entreprises étrangères s'associent à des entreprises paraétatiques locales pour être autorisées à soumissionner. En 2018, l'Angola a supprimé l'obligation de s'associer à un partenaire local encore applicable dans le tourisme, la logistique, le secteur extractif, le secteur financier et les communications et technologies de l'information.²³² En République du Congo, l'État se réserve une participation de 10 % dans tous les projets miniers.

L'entrée dans l'économie ou dans certains secteurs économiques peut également être réglementée du côté des intrants, si la politique vise à promouvoir l'économie locale et la participation locale aux chaînes de valeur. Les entreprises présentes dans le secteur de la défense en Afrique du Sud, par exemple, doivent démontrer qu'au moins 30 % du capital sont détenus par des Noirs et s'approvisionner localement pour au moins 60 % de leur matériel de défense.

Des règles supplémentaires de présélection ou d'approbation par les autorités peuvent être un autre moyen de sélectionner les investissements autorisés dans des secteurs hautement réglementés. Les projets d'IDE au Maroc n'ont pas besoin d'être approuvés par les autorités, mais au Tchad certains secteurs réglementés, tels que le tourisme, les télécommunications et l'exploitation des hydrocarbures, nécessitent l'approbation des pouvoirs publics. En Guinée-Bissau, les projets d'exploitation minière et de production de noix de cajou requièrent la délivrance de licences par les autorités. En République centrafricaine, des réglementations spécifiques s'appliquent au tourisme, aux mines et aux forêts.

L'accès à la terre, un facteur de production essentiel, est souvent restreint dans les pays africains afin de protéger les communautés locales contre l'accaparement des terres qui pourrait menacer leur patrimoine socioculturel et leurs moyens de subsistance.²³³ Au Nigéria, les investisseurs étrangers sont tenus de s'associer à un partenaire local pour acheter des terres. En Éthiopie, les étrangers ne peuvent que louer des terres. Au Soudan du Sud, les baux sur les terres privées sont limités à 99 ans, et les terres communales sont attribuées par les autorités communales, parfois avec la participation de l'État.

Des cadres réglementaires crédibles et prévisibles, des institutions solides et réactives, et une application impartiale réduisent les risques et augmentent les chances de procéder à de gros investissements. Si les investisseurs considèrent que leurs actifs sont vulnérables face à l'ingérence de l'État reflétant des instincts extractifs,²³⁴ à la concurrence déloyale des autres entreprises existantes (chapitre 4) ou à l'exploitation sans autorisation (chapitre 5), il est peu probable qu'ils engagent leurs actifs dans les économies hôtes.

Globalement, les structures institutionnelles ont de l'importance, et les pays africains doivent encore les améliorer. Un État de droit fort, bien que sujet à diverses définitions, est une condition préalable à la protection des droits de propriété des investisseurs. Il permet de diminuer les coûts de transaction et de réduire les incertitudes, et partant, le potentiel de conflit. Les investisseurs étrangers l'accueillent donc favorablement.²³⁵ Des structures de gouvernance inadéquates entravent également la capacité d'un État à définir clairement et à appliquer des politiques et des cadres réglementaires appropriés.²³⁶ Dans une comparaison internationale effectuée par le World Justice Project, les pays africains obtiennent généralement des scores moyens en matière d'état de droit, le Botswana, Maurice, la Namibie et le Rwanda s'en tirant mieux que le Cameroun, l'Égypte, la Mauritanie et la République démocratique du Congo, qui se classent au bas de l'échelle.²³⁷ Dans l'ensemble, les pays africains obtiennent de meilleurs résultats en ce qui concerne l'ordre et la sécurité, mais sont aux prises avec la justice pénale et la corruption.

Traités d'investissement régionaux et bilatéraux en Afrique

Le protocole sur l'investissement, comme le reste de l'architecture de la ZLECAf, suivra la feuille de route stratégique définie dans le Traité d'Abuja de 1991. Il s'appuiera sur le corpus de droits et d'obligations accumulés aux fins de l'intégration dans les communautés économiques régionales (CER) pour mettre en place un marché unique panafricain. Le Code panafricain des investissements représente l'expression la plus complète à ce jour du point de vue continental sur la conclusion de traités d'investissement, mais il doit encore être amélioré. Les traités régionaux d'investissement existants en Afrique récapitulent les règles et réglementations régionales et révèlent les tendances et approches sous-jacentes.

Les flux d'investissement sont reconnus comme un vecteur important d'intégration régionale dans les traités africains. Certaines CER, allant au-delà des dispositions relatives aux investissements dans leurs traités fondateurs, ont élaboré des traités d'investissement pour compléter les accords commerciaux régionaux existants, dont certains ont été récemment mis à jour.²³⁸ Les traités régionaux d'investissement en Afrique sont notamment les suivants :

- L'accord d'investissement de l'Union du Maghreb arabe de 1990 (n'est pas entré en vigueur) ;
- L'Accord d'investissement du Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA) de 2007 (le Protocole COMESA n'est pas entré en vigueur), qui doit être remplacé par l'Accord révisé de la Zone d'investissement commune du COMESA (qui doit être encore signé par les dirigeants politiques régionaux) ;
- L'Acte additionnel A/SA.1/12/18 de 2018 portant adoption du Code commun des investissements de la CEDEAO (en vigueur), complétant l'Acte additionnel de 2008 portant adoption des règles communautaires de la concurrence et des modalités d'application au sein de la CEDEAO (en vigueur) ;
- Le Protocole de la SADC sur le financement et l'investissement de 2006, modifié par l'Accord de la SADC de 2016 portant modification de l'Annexe 1 (coopération en matière d'investissement) du Protocole sur le financement et l'investissement (en vigueur).²³⁹

Plusieurs États africains ont également pris part à des initiatives régionales réalisées sous l'égide d'organisations, qui ne se limitent pas au continent africain. Les traités témoignent d'une intégration régionale qui va historiquement au-delà du panafricanisme pour certains pays africains. Les accords régionaux d'investissement les plus importants conclus avec des pays africains sont notamment les suivants :

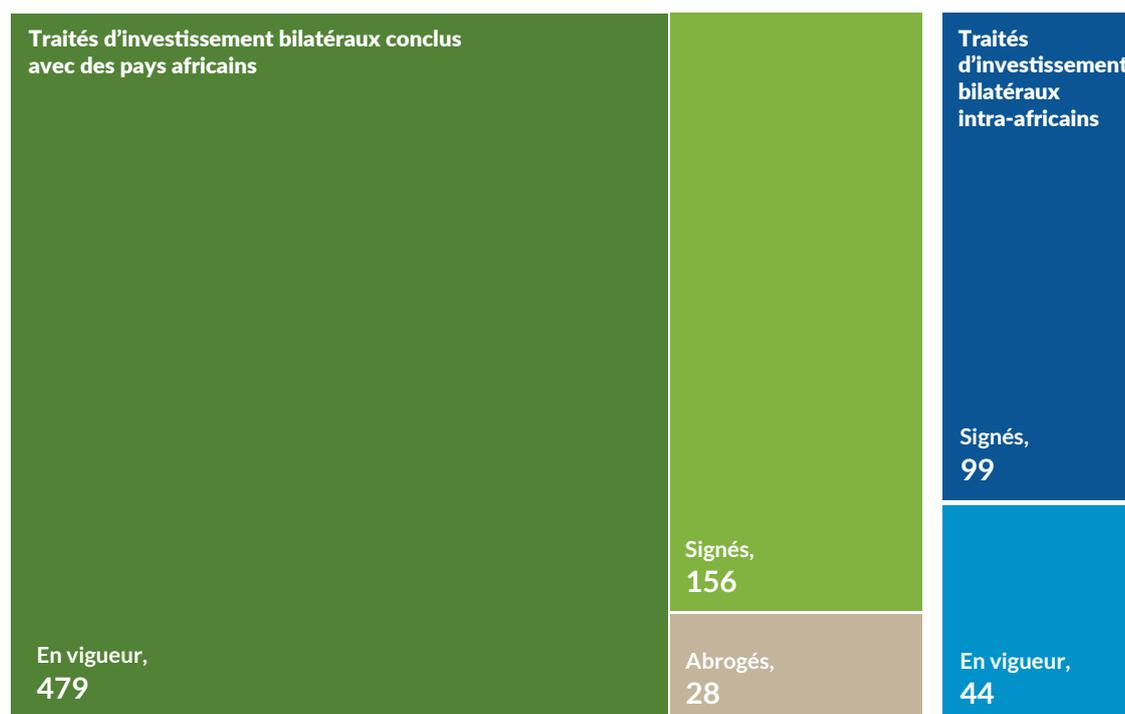
- L'Accord unifié de 1980 pour l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes (en vigueur) et l'Accord unifié de 2013 pour l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes (amendé), conclus sous les auspices de la Ligue arabe ;
- L'accord de 1981 sur la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les États membres de l'Organisation de coopération islamique (OCI, en vigueur).

Le régime d'investissement africain reste fragmenté ; il comporte des chevauchements et des incohérences entre les règles à différents niveaux. Un pays appartenant à plusieurs blocs régionaux peut être confronté à des conflits entre les dispositions de fond des traités d'investissement.²⁴⁰ Les traités régionaux africains sont hétérogènes, qu'il s'agisse de la structure, de l'objet ou de la substance²⁴¹. À la différence des traités régionaux, les traités bilatéraux intra-africains sont souvent conservateurs, sans caractéristiques modernes favorisant le développement durable.²⁴²

Quelque 20 pays africains sont parties à deux traités d'investissement régionaux africains, huit pays à un seul et la Libye à quatre. En revanche, cinq pays – la Guinée équatoriale, la République centrafricaine, la République du Congo, Sao Tomé-et-Principe et le Soudan du Sud – ne sont parties à aucun accord.²⁴³

La plupart des pays africains ont conclu des traités d'investissement bilatéraux, principalement avec des pays non africains et moins souvent avec des pays africains (figure 3.2). En février 2021, le nombre d'accords bilatéraux en vigueur conclus par les pays africains avec d'autres pays (479) était plus de 10 fois supérieur au nombre d'accords conclus entre eux (44). En partie, les processus régionaux ont largement supplanté les processus bilatéraux intra-africains, et les traités d'investissement intra-africains ont souvent eu une fonction essentiellement diplomatique, beaucoup d'entre eux n'entrant jamais en vigueur. L'Afrique du Sud, qui a procédé à une réforme de sa politique d'investissement ces dernières années, a mis fin à 11 traités d'investissement bilatéraux, bien que certains ne soient apparemment jamais entrés en vigueur.

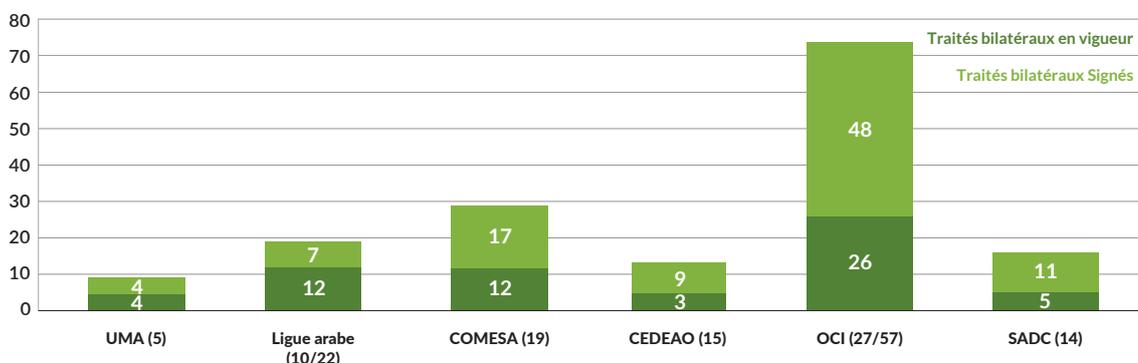
Figure 3.2 : Traités d'investissement bilatéraux négociés par les pays africains



Source: CNUCED, 2020b.

Tous les traités d'investissement régionaux en Afrique englobent certains États participants qui ont également conclu des accords bilatéraux entre eux. L'OCI, qui compte le plus grand nombre de membres et dont beaucoup de membres de pays d'Afrique du Nord ont une propension à conclure des traités d'investissement bilatéraux (en particulier l'Égypte et, dans une moindre mesure, le Maroc), est l'organisation qui a conclu le plus grand nombre de traités se chevauchant, suivie du COMESA (dont l'Égypte fait également partie) (figure 3.3).

Figure 3.3 : Chevauchements entre les traités d'investissement régionaux et les traités d'investissement intra-africains



Source: CNUCED, 2020b.

Note: Entre parenthèses : nombre d'États parties membres africains et, le cas échéant, nombre total d'États parties.

Le régime d'investissement régional africain est confus. Les accords de la Ligue arabe et de l'OCI, comparés aux accords d'investissement conclus avec l'appui des CER, adoptent une approche plus traditionnelle centrée sur la protection des investissements. Par exemple, une des sentences arbitrales les plus élevées connues du public (plus de 900 millions de dollars) a été rendue en 2013 à l'encontre d'un État africain pour préjudices causés à des investisseurs en raison de l'expropriation de leur investissement dans une plainte déposée en vertu de l'Accord unifié de 1980 pour l'investissement des capitaux arabes.²⁴⁴

Des différences substantielles quant au fond subsistent entre les traités d'investissement conclus avec l'appui des CER. L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), qui est principalement composée de pays francophones d'Afrique de l'Ouest et d'Afrique centrale, encourage le recours à l'arbitrage, tandis que les traités régionaux d'Afrique de l'Est et d'Afrique australe abandonnent progressivement le recours à l'arbitrage.²⁴⁵

Malgré cela, la recherche d'investissements au service du développement durable peut être de plus en plus considérée comme responsable, les États créant un espace pour établir et appliquer des règles appropriées et redistribuer les obligations entre les principales parties prenantes.²⁴⁶ Cette tendance est sujette à des exceptions et à des différences régionales sous-jacentes. Les signes d'interaction fructueuse entre les traités régionaux (et, dans une certaine mesure, bilatéraux) abondent. Lors de l'élaboration récente de leur traité d'investissement, le COMESA et la CEDEAO n'ont pas perdu de vue le PAIC et les prochaines négociations du protocole sur l'investissement. On observe également une certaine convergence entre le nouveau traité de la CEDEAO et le traité plus récent de la SADC. Le Ghana aurait, quant à lui, reporté le réexamen de sa loi relative à l'investissement jusqu'à ce que le protocole sur l'investissement soit conclu.²⁴⁷

Promotion et facilitation de l'investissement

La promotion de l'investissement réduit les coûts de transaction liés au recensement des possibilités d'investissement, et la facilitation de l'investissement réduit les coûts de transaction liés à l'exploitation de ces possibilités.²⁴⁸ Ces deux activités peuvent être utilisées pour tirer le meilleur parti des investissements axés sur le développement.

La promotion de l'investissement couvre les politiques, les stratégies et les initiatives qui appuient les possibilités d'investissement du pays bénéficiaire et attirent l'attention sur ses avantages comparatifs, tels que sa base de compétences, ses coûts de main-d'œuvre, sa logistique et ses richesses naturelles. La promotion de l'investissement est souvent renforcée par des mesures d'incitation fiscale.²⁴⁹ Elle utilise les outils numériques quasi omniprésents aujourd'hui et sa présence sur les médias sociaux pour compléter les canaux de communication traditionnels que sont la représentation dans les foires commerciales et dans les pays cibles, les missions commerciales, les rencontres interentreprises et la publicité dans les médias.²⁵⁰ Ce passage aux communications numériques s'est accéléré au moment de la crise sanitaire liée à la COVID-19.²⁵¹ La plupart des activités de promotion de l'investissement sont menées au niveau national, mais il existe des initiatives régionales, les forums d'investissement et les plateformes en ligne, par exemple dans le COMESA et la SADC.

La facilitation de l'investissement rend le cadre administratif plus favorable à l'investissement. Les mesures communes visent notamment à rationaliser les procédures, accroître la transparence des lois et procédures relatives à l'investissement, améliorer la prévisibilité des règles et leur application, renforcer la responsabilité et l'efficacité administrative des pouvoirs publics et le développement des relations entre les investisseurs, les pays bénéficiaires et les autres parties prenantes grâce aux outils d'administration en ligne, à la réglementation en ligne, la prévention des différends, la responsabilité sociale des entreprises et l'amélioration des canaux de communication.²⁵² En fonction de leurs modalités, ces mesures peuvent être mises en œuvre de manière unilatérale ou en coordination avec les pays partenaires.

La facilitation de l'investissement rend le cadre administratif plus favorable à l'investissement.

La promotion et la facilitation de l'investissement se complètent et l'amélioration de la gouvernance accroît l'attractivité pour les investisseurs et permettent la mise en place d'un processus graduel, depuis le premier contact avec les investisseurs potentiels jusqu'à l'établissement d'une usine de production.²⁵³

Le succès des services d'appui aux investisseurs se traduit par une augmentation des flux d'investissement, qu'il s'agisse d'investissements dans de nouvelles capacités de production ou de l'expansion de projets existants.²⁵⁴ En aval, les organismes de promotion de l'investissement peuvent orienter certains flux d'investissement vers les zones prioritaires, surtout s'ils coopèrent avec d'autres organismes publics pour conserver un portefeuille intéressant de projets aptes

à bénéficier d'un financement.²⁵⁵ En amont, les organismes de promotion de l'investissement peuvent aider les économies à favoriser les retombées positives en renforçant les liens stratégiques entre les petites et moyennes entreprises et les multinationales par la promotion des politiques, l'étude des possibilités, la mise en adéquation des investisseurs avec les entreprises locales et le développement des compétences locales.²⁵⁶ Prises ensemble, la promotion et la facilitation du commerce et de l'investissement peuvent débloquent des synergies permettant de réduire les coûts, ce qui aiderait particulièrement les investisseurs orientés vers l'exportation, pour autant que les problèmes de coordination soient résolus et qu'une approche équilibrée de la promotion et de la facilitation soit maintenue.²⁵⁷

La facilitation de l'investissement peut être adaptée à l'économie locale; elle n'impose pas nécessairement de changer les lois ou d'engager des dépenses publiques élevées.²⁵⁸ L'engagement des parties prenantes et les alliances font partie intégrante de la facilitation de l'investissement. Les services de suivi qui soutiennent les projets lancés donnent une impulsion au réinvestissement et au développement des projets, réduisent le désinvestissement, permettent aux autorités de nouer des partenariats et forger des liens au niveau local afin de stimuler le développement local et d'encourager l'innovation, et recueillent les avis des investisseurs qui peut être utilisé dans les activités de sensibilisation.²⁵⁹ La promotion de l'engagement des parties prenantes et l'amélioration et la plus grande cohérence des études sur l'impact social et environnemental et l'impact sur les droits de l'homme contribuent à promouvoir le partage des avantages et la viabilité à long terme des projets d'investissement.²⁶⁰

Le protocole sur l'investissement de l'Accord portant création de la ZLECA verra le jour dans un contexte en pleine évolution au niveau international.

Le protocole sur l'investissement de l'Accord portant création de la ZLECA verra le jour dans un contexte en pleine évolution au niveau international. Des débats structurés sur un éventuel cadre multilatéral de facilitation de l'investissement ont débuté dans diverses instances internationales, notamment à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en mars 2018. Quelque 70 pays ont demandé à participer aux débats menés dans le cadre de l'OMC et, en 2020, plus de 100 pays y avaient participé.²⁶¹ Leur mandat, suivant l'avis de nombreux commentateurs, porte, entre autres, sur la transparence, la prévisibilité, la coopération, la rationalisation des procédures administratives et le soutien aux pays en développement.²⁶² Ces activités visent à promouvoir l'investissement et l'insertion dans les chaînes de valeur régionales et mondiales, mais restent insuffisantes au

regard de l'accès aux marchés, de la protection de l'investissement ou du règlement des différends entre investisseurs et États.²⁶³

Les négociations relatives à un accord multilatéral sur la facilitation de l'investissement pourraient déboucher sur des obligations juridiques (contraignantes et des clauses de l'effort maximal) envers d'autres États (caractéristiques des accords commerciaux) plutôt qu'envers les investisseurs (caractéristiques de

la protection de l'investissement).²⁶⁴ Un accord pourrait également promouvoir l'évaluation comparative des bonnes pratiques, orienter l'assistance technique, mettre en adéquation les investissements privés avec les avantages pour la société, aider les décideurs nationaux à faire avancer les réformes et aider les pays en développement à mieux promouvoir la transparence.²⁶⁵ La participation africaine s'est jusqu'à présent limitée à cinq pays d'Afrique de l'Ouest qui figurent également parmi ceux qui devraient mettre en œuvre le plus de réformes.²⁶⁶ Le Nigéria, en particulier, a été actif au sein du groupe des Amis de la facilitation de l'investissement et a accueilli en novembre 2017 une réunion multipartite sur la facilitation de l'investissement dans le cadre de l'OMC et de la ZLECAf, coorganisée avec la CEDEAO et d'autres membres du groupe.

Certains pays en développement ont considéré la facilitation de l'investissement dans le cadre de l'OMC avec méfiance, notamment en raison de l'ambiguïté théorique.²⁶⁷ Ils affirment que cela pourrait réduire la marge de manœuvre politique, en particulier si le mandat actuel est élargi.²⁶⁸ Résumant un séminaire de 2018 qui a réuni des experts nationaux de 13 pays de la SADC, Mann et Brauch (2019) soulignent que les participants ont considéré l'OMC comme un cadre de négociation inapproprié, par opposition aux négociations nationales, régionales et multilatérales. Les experts nationaux ont également souligné le rôle central joué par l'assistance technique, l'évaluation comparative des meilleures pratiques en matière de réglementation sur la qualité, la collaboration avec les investisseurs et la collaboration entre les États. Les partisans de l'approche de l'OMC font valoir que les pays qui ne participent pas actuellement aux négociations sont souvent ceux où les entrées d'IDE sont faibles et donc ceux qui ont le plus à gagner. Ils proposent d'offrir à ces pays un traitement différencié ou des délais de mise en œuvre plus longs, d'obtenir des engagements de la part des pays exportateurs de capitaux en leur faveur et de les aider à renforcer leurs capacités et à susciter un large engagement des parties prenantes.²⁶⁹

Si le dialogue structuré de l'OMC poursuit sur sa lancée, il pourrait en résulter des pratiques contraignantes convenues au niveau mondial, qui détermineraient les mécanismes juridiques, réglementaires et institutionnels concernant les investissements internationaux dans le monde entier. Même les pays qui ne participent pas actuellement aux négociations seront d'une manière ou d'une autre touchés par cette initiative mondiale et pourraient se sentir obligés d'aligner leurs régimes d'investissement pour ne pas être exclus des chaînes de valeur mondiales.

La facilitation de l'investissement, qui a émergé sous différentes configurations dans le monde, peut servir d'inspiration à l'Afrique

La facilitation de l'investissement, qui a émergé sous différentes configurations dans le monde, peut servir d'inspiration à l'Afrique. Parmi les exemples récents notables, citons les traités d'investissement brésiliens strictement axés sur la facilitation de l'investissement (par opposition à la protection de l'investissement) et sous-tendus par la coopération entre États et le règlement extrajudiciaire des différends.²⁷⁰

Cette approche a également inspiré l'Accord sur l'investissement du Mercosur de 2017 en Amérique du Sud, le protocole additionnel de 2014 à l'accord-cadre de l'Alliance du Pacifique, le plan d'action pour l'investissement non contraignant de 2008 de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique, et le service SOLVIT à l'échelle de l'UE.²⁷¹ Plusieurs traités récents ont appliqué la discipline aux pays d'origine des investisseurs pour aider ces derniers à exporter des capitaux et à transférer des technologies.²⁷²

Les engagements visant à améliorer le climat des affaires au niveau national, parfois liés à l'application des lois existantes, portent notamment sur la coopération entre États et les mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends, tels que la conciliation et la médiation, afin que les investisseurs puissent éviter l'escalade qui déboucherait sur une procédure d'arbitrage ou sur un procès.

L'accord du Mercosur, par exemple, prévoit la création d'une commission chargée de superviser la mise en œuvre et de débattre de sujets connexes, qui peut solliciter l'avis du secteur privé et du secteur à but non lucratif. Les investisseurs ont également accès aux médiateurs des pays d'origine et des pays d'accueil qui peuvent les aider à résoudre les problèmes à l'amiable, ce qui permet d'éviter de nouveaux antagonismes et de ne pas avoir à recourir au règlement des différends.

La facilitation de l'investissement dans les traités régionaux africains remonte aux traités originaux du COMESA et de la SADC²⁷³ et, dans une certaine mesure, au traité instituant l'Union du Maghreb arabe (où le principe du traitement national, qui exige que le même traitement soit appliqué aux investisseurs étrangers et aux investisseurs locaux, ne s'applique qu'aux procédures avant l'établissement des investissements)²⁷⁴. Les traités négociés par les pays d'Afrique du Nord, que ce soit entre eux ou avec des pays partenaires extérieurs à l'Afrique, comportent généralement moins de dispositions de ce type. Les traités régionaux africains existants contiennent de nombreux éléments de facilitation de l'investissement (tableau 3.3), ce qui est de bon augure pour les travaux relatifs au protocole sur l'investissement. Les engagements visant à améliorer le climat des affaires au niveau national, parfois liés à l'application des lois existantes,

portent notamment sur la coopération entre États et les mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends, tels que la conciliation et la médiation, afin que les investisseurs puissent éviter l'escalade qui déboucherait sur une procédure d'arbitrage ou sur un procès. Certaines dispositions sont également innovantes, comme la possibilité pour les investisseurs d'évaluer le statut juridique de leurs actifs. Les traités des CER renforcent également les cadres institutionnels existants.

Tableau 3.3 : Dispositions des traités régionaux africains relatifs à la facilitation de l'investissement

Type de dispositions	Ligue arabe (2013)	COMESA Zone d'investissement commune (2018)	CEDEAO Code commun des investissements (2018)	Organisation de coopération islamique (1981)	Code panafricain des investissements (2016)	Communauté de développement de l'Afrique australe (2016)
Amélioration du climat d'investissement	a		b	c	d	d
Suppression des obstacles bureaucratiques			c			
Facilitation des permis d'investissement						
Facilitation de l'entrée et du séjour du personnel						
Transparence					f	
Renforcement des capacités et questions systémiques						
Financement des investissements				g		
Programmes d'assurance des investissements étrangers				g		
Services aux investisseurs avant l'établissement des investissements			f			
Suivi des investissements après leur établissement						
Relations avec les investisseurs/le secteur privé	gg					
Coopération et organes conventionnels sur la facilitation						
Accès à la main-d'œuvre locale						
Reconnaissance des documents et des qualifications						
Échange d'information sur les investisseurs						
Encouragement du secteur national						
Négociation de conventions de double imposition						d
Mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends	h					
Coopération technique entre États						
Harmonisation des règles relatives à l'investissement					c	
Collaboration en matière de promotion de l'investissement						

 Engagement ferme

 Engagement peu contraignant

a) Les États peuvent accorder des privilèges supplémentaires aux investisseurs visés. b) S'applique aux zones économiques spéciales. c) S'applique uniquement aux mesures incitatives. d) Admission des investissements conformément aux lois nationales. e) Concerne les questions fiscales. f) Les investisseurs peuvent faire évaluer le statut juridique de leurs actifs. g) Par l'intermédiaire d'organismes régionaux. h) La conciliation est une condition préalable à l'arbitrage.

Source: CEA; 12 premières catégories établies par Polanco Lazo (2018).

Les agences de promotion de l'investissement assument généralement l'essentiel des fonctions de promotion et de facilitation de l'investissement.

En général, la facilitation de l'investissement occupe une plus large place dans les traités établis sous l'égide des CER que dans les traités concernant des pays non africains ou dans le PAIC (qui contient néanmoins des dispositions sur les visas, les permis de travail, la coopération entre banques centrales et l'intégration des systèmes de paiement). Les dispositions des traités CER relatives à la facilitation de l'investissement mettent généralement l'accent sur le développement durable, les obligations des investisseurs et les

approches ascendantes pour élaborer des modifications de la législation pays par pays et mettre en œuvre ces modifications dans un cadre commun.²⁷⁵ En revanche, les dispositions relatives à la promotion de l'investissement sont rares dans les traités mondiaux d'investissement.²⁷⁶

Les agences de promotion de l'investissement assument généralement l'essentiel des fonctions de promotion et de facilitation de l'investissement. Ces organismes dédiés sont généralement publics, semi-autonomes ou mixtes privé-public, rattachés à la présidence, au Cabinet du Premier Ministre, à un ministère ou à un département ministériel ou, dans certains pays, à des administrations de zones économiques spéciales et à des municipalités poursuivant des objectifs particuliers. Ils cherchent à attirer l'investissement dans l'économie locale au niveau national, régional ou municipal. Ils représentent souvent le pays à l'étranger, aident les entreprises à s'installer et à opérer en se frayant un chemin dans les méandres de la réglementation existante et établissent et entretiennent des relations dans le cadre de services de suivi après investissement destinés aux investisseurs qui trouvent les conditions propices au développement de la fabrication de produits à plus forte valeur ajoutée. Ils représentent souvent le pays à l'étranger, aident les entreprises à s'installer et à exercer leurs activités en utilisant les réglementations existantes et établissent et cultivent des relations dans le cadre de services de suivi après investissement pour les investisseurs qui trouvent les conditions propices à l'expansion de la production avec une plus grande valeur ajoutée.²⁷⁷ Ils peuvent également servir d'intermédiaires entre les entreprises nationales et internationales pour faciliter la coopération en matière de production ou de recherche.²⁷⁸ Les organismes de protection de l'environnement gèrent généralement des guichets uniques qui simplifient les procédures administratives, font gagner du temps, améliorent la transparence et renforcent ainsi la confiance des investisseurs dans les autorités locales.²⁷⁹ Ces guichets uniques peuvent être intégrés dans des portails d'investissement.

Les points focaux pour l'investissement peuvent aussi faire office de centres polyvalents. Ils facilitent l'investissement (encadré 3) et aident les investisseurs à créer des sociétés, à les immatriculer et à obtenir un numéro d'identification fiscale, à obtenir les autorisations nécessaires, à réaliser des études d'impact sur l'environnement, à obtenir des autorisations relatives à la sécurité et à avoir accès à la terre et aux services d'utilité publique. Grâce aux centres d'investissement polyvalents et à la création d'un poste de médiateur, il est également possible de mettre les investisseurs en relation avec les autorités publiques pour les aider à identifier et à clarifier les lois et règles applicables, par exemple, les obligations au titre du droit du travail et les obligations fiscales, et à dissiper les conflits avant qu'ils ne s'aggravent. Les organismes de promotion de l'investissement peuvent également conseiller les pouvoirs publics en matière de politique, en s'appuyant sur les informations recueillies auprès du monde des entreprises. De concert avec d'autres organismes publics, un organisme de promotion de l'investissement peut régler les questions en suspens soulevées par les investisseurs. Il est essentiel que les médiateurs disposent de compétences suffisantes et fassent montre d'un engagement politique et que des mécanismes de coopération et de gouvernance soient mis en place.²⁸⁰

Encadré 3.2 : Promotion et facilitation de l'investissement au Rwanda

Le Rwanda a régulièrement modernisé la promotion et la facilitation de l'investissement par l'intermédiaire du Conseil rwandais de développement (RDB) et d'organismes connexes, en misant sur la capacité administrative du pays et son environnement favorable à l'activité commerciale. Le gouvernement a mis en œuvre de nombreuses politiques proposées dans le modèle de Code des investissements de la Communauté d'Afrique de l'Est, ainsi qu'un nouveau code des investissements orienté vers la facilitation de l'investissement.¹

Le Conseil rwandais de développement est un organisme gouvernemental chargé d'accélérer le développement économique du Rwanda. Il offre une série de services polyvalents aux investisseurs, notamment le traitement des certificats d'investissement, la délivrance de visas et de permis de travail, l'organisation des raccordements aux services d'utilité publique tels que l'eau et l'électricité, l'aide à la demande d'exonérations fiscales; la perception de recettes non fiscales et la demande d'études d'impact sur l'environnement.

Une grande partie des activités se déroule en ligne. Le RDB exploite des sites Web dédiés à la promotion de l'investissement, dont les fonctionnalités visent à simplifier et à accélérer l'enregistrement des investissements en fournissant les formulaires et les documents essentiels, ainsi que des liens vers les sites Web exploités par d'autres autorités compétentes, notamment celles de l'immigration et du fisc. Le site Web du RDB donne également accès aux demandes d'investissement en ligne et aux procédures essentielles pour les études d'impact sur l'environnement. Depuis 2013, l'organisme rwandais de promotion de l'investissement gère un iGuide qui fournit aux investisseurs des informations essentielles sur les possibilités d'investissement, notamment un guide pratique des procédures d'investissement destiné à renforcer la transparence.

1. Baruti, 2017.

En 2015, le Rwanda a promulgué la loi relative à la promotion et à la facilitation de l'investissement, qui confère aux investisseurs certains droits, notamment celui d'exercer les activités économiques de leur choix, de recruter ou de licencier des employés, de commercialiser des biens et des services, d'établir librement des méthodes de gestion d'entreprise et d'utiliser des biens. Il applique également des mesures d'incitation fiscale. Le traitement national, qui exige que les étrangers bénéficient du même traitement que les locaux, s'applique à la fois aux mesures d'incitation et à la facilitation de l'investissement. La loi vise à faciliter l'investissement en définissant clairement les conditions requises et les procédures prévues pour l'enregistrement des investissements et en fixant un calendrier pour la délivrance des certificats d'investissement. Le RDB facilite l'investissement et exige des investisseurs qu'ils mettent correctement en œuvre leurs propositions d'investissement, qu'ils conservent les documents financiers et comptables de leur investissement, qu'ils fournissent des données sur l'investissement, qu'ils répondent en temps voulu aux demandes du RDB, qu'ils s'enregistrent auprès de l'administration fiscale et qu'ils remplissent leurs déclarations d'impôts dans les délais.

Enfin, le RDB fait le lien entre les secteurs public et privé. Il s'engage aux côtés de la Fédération du secteur privé, une organisation professionnelle, soutenue par le Gouvernement du Rwanda, qui représente et défend les intérêts du secteur privé.

Depuis les années 1980, les pays africains ont mis en place des organismes de promotion de l'investissement pour aider les investisseurs à utiliser le cadre réglementaire et à fournir des services avant et après l'investissement.²⁸¹ Parmi les évolutions récentes, citons la création en 2018 par l'Angola de l'organisme de promotion de l'investissement privé et des exportations (à l'issue de la fusion de trois entités étatiques différentes dans le cadre d'une refonte plus large de la politique d'investissement) et la désignation en 2019 par l'Ouganda de l'autorité ougandaise d'investissement comme guichet unique pour les investisseurs. La République centrafricaine est le seul pays africain qui n'attire pas activement les flux d'investissement étranger par l'intermédiaire d'un organisme de promotion de l'investissement ou d'un ministère dédié (CNUCED, COMESA, Trade Invest Somalia). En décembre 2020, 32 organismes nationaux de promotion de l'investissement étaient répertoriés comme membres de la World Association of Investment Promotions Agencies (WAIPA), qui facilite la mise en réseau et le renforcement des capacités. Parmi les projets récents, pour certains desquels les organismes de promotion de l'investissement ont été récompensés par la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, figurent des investissements dans l'horticulture à grande échelle au Lesotho, une ville intelligente à Maurice et le recyclage des déchets et la fabrication de smartphones en Afrique du Sud.²⁸²

Les guichets uniques numériques pour les investissements sont beaucoup moins courants. Seuls le Bénin et le Cameroun utilisent actuellement le système e-Registration mis au point par la CNUCED en tant que plateforme d'utilisation courante pour les pays en développement et émergents.



Les agences de promotion de l'investissement sont souvent limités dans leur capacité de satisfaire les besoins des investisseurs et de leur pays. Une enquête auprès des organismes de promotion de l'investissement dans le monde a montré que, dans les pays à faible revenu, leur budget s'élevait en moyenne à 2,4 millions de dollars, Ce chiffre est de 30,6 millions de dollars dans les pays à revenu élevé. À l'échelle mondiale, les obstacles les plus sérieux à l'efficacité des organismes de promotion de l'investissement sont le budget (70 %), les capacités humaines (64 %) et la bureaucratie (58 %).²⁸³ Souvent, es organismes africains de promotion de l'investissement ne disposent pas de ressources suffisantes, ce qui les empêche d'agir et augmente la rotation du personnel, et ne fait qu'aggraver le problème. Il peut également arriver qu'ils ne disposent pas des moyens d'action suffisants pour remplir leur rôle de facilitation de l'investissement. Après l'enthousiasme initial suscité par la mise en place d'un organisme de promotion de l'investissement, l'engagement politique peut s'estomper, diminuant ainsi son influence. Des plateformes de promotion numérique nationales ou régionales dépassées, peu pratiques ou inexistantes peuvent être des signes révélateurs de capacités institutionnelles insuffisantes pour les investisseurs potentiels, qui peuvent en déduire qu'une recherche détaillée sur les attributions, les fonctions, le budget et l'organisation des organismes africains de promotion de l'investissement est justifiée. De plus, comme la facilitation de l'investissement s'étend à l'ensemble des différents niveaux de l'État, la mise en œuvre peut s'avérer difficile même lorsque les activités sont centralisées dans un seul point de contact.²⁸⁴

Le rôle joué par les agences de promotion de l'investissement dans la facilitation de l'investissement a été qualitativement réorienté vers le « courtage d'écosystèmes », appuyant le développement local, forgeant des alliances, promettant la création de valeur et améliorant l'impact social et environnemental²⁸⁵. Une réglementation plus efficace grâce à des décisions réfléchies, plutôt qu'une dérèglementation brutale, peut renforcer l'appui apporté par la facilitation de l'investissement au développement durable. Un réseau d'organismes nationaux de promotion de l'investissement dans un pays de la ZLECAf, quel qu'il soit, pourrait aider les investisseurs et les fournisseurs de services africains, indépendamment de leur taille, à résoudre leurs problèmes avant qu'ils ne dégènèrent et aboutissent à un différend avec les États hôtes.

Le protocole sur l'investissement pourrait ainsi établir un cadre commun de coopération sur lequel les États parties pourraient ensuite prendre appui pour élaborer des mesures supplémentaires. Les États seraient probablement redevables de tels engagements les uns envers les autres plutôt que directement envers les investisseurs, ce qui pourrait accroître leur responsabilité.

La promotion et la facilitation de l'investissement, soutenues par un niveau approprié de protection de l'investissement, peuvent accroître les flux d'investissement responsable au profit du développement et des entreprises locales²⁸⁶. Elles doivent donc faire partie de toute réflexion globale sur l'IDE et le développement.²⁸⁷

Jusqu'à présent les accords d'investissement visent généralement avant tout à réduire les risques politiques pour les investisseurs étrangers.

Les capacités inégales des pays africains découragent l'imposition de règles strictes et uniformes pour la facilitation de l'investissement. Il est essentiel de renforcer leurs capacités techniques et de les aider financièrement à définir clairement, à négocier et à mettre en œuvre la facilitation de l'investissement. Les décideurs politiques, éventuellement appuyés par les CER, devraient créer un réseau favorisant l'apprentissage entre pairs, recensant les obstacles qui freinent encore les investissements intra-africains et promouvant conjointement des projets d'investissement stratégiques pour le développement régional. Ces décideurs pourraient également poursuivre l'harmonisation de la réglementation afin de soutenir les investissements

durables qui profitent des économies d'échelle et de la normalisation, par exemple pour promouvoir l'économie circulaire visant à éliminer les déchets et à utiliser et réutiliser continuellement les ressources.

La protection de l'Investissement

Jusqu'à présent les accords d'investissement visent généralement avant tout à réduire les risques politiques pour les investisseurs étrangers. L'incertitude des investisseurs étrangers quant à l'avenir des actifs fait baisser les rendements attendus et, partant, l'attractivité de l'investissement dans le pays d'accueil. Les mesures visant à compenser les pertes subies en raison des risques politiques sont censées améliorer l'image qu'ont les investisseurs de l'économie.

Trois grandes questions ont été prises en considération par les normes de traitement dans les accords d'investissement.²⁸⁸ Tout d'abord, les changements de politique qui réduiraient considérablement ou élimineraient la valeur d'un investissement. Pour répondre à cette question, la protection contre l'expropriation sans indemnisation, généralement complétée par d'autres obligations, parfois encore plus exigeantes, pour les États, constitue la pierre angulaire et l'objectif initial des traités²⁸⁹. La deuxième est l'inégalité de traitement des investisseurs étrangers par les autorités nationales. Les accords d'investissement, ainsi que le droit commercial, s'attachent à réduire ce phénomène. Troisièmement, les investisseurs veulent récolter et rapatrier des fonds. Les accords d'investissement ouvrent généralement le compte de capital pour permettre de tels transferts. En outre, pour atténuer les appréhensions des investisseurs à l'égard des tribunaux nationaux (peut-être considérés comme lents, peu fiables ou incompetents) ou de la protection diplomatique accordée par l'État d'origine des investisseurs (qui risque d'être inexistante dans la pratique), les accords d'investissement prévoient généralement un règlement des différends entre investisseurs et États dans le cadre de procédures d'arbitrage.²⁹⁰

Le régime d'investissement classique, dicté par la protection de l'investissement, est devenu sujet à controverse, ce qui a nécessité de le repenser de manière globale au milieu des années 2000. La valeur du compromis entre la souveraineté de l'État et les investissements étrangers, inhérente à la protection de l'investissement, semble confuse dans la pratique. Bien que des études économétriques récentes aient confirmé l'existence d'un lien entre les accords d'investissement et l'investissement étranger, elles ont tendance à comporter des faiblesses méthodologiques et leurs résultats manquent de fiabilité.²⁹¹ En outre, il est à craindre que le régime ne penche en faveur de la protection de la propriété privée des investisseurs étrangers au détriment des États hôtes et de leurs politiques et réglementations publiques légitimes.²⁹² Bien que certains auteurs soutiennent que le régime d'investissement international souffre de déséquilibres profondément enracinés qui se manifestent par des vices de procédure et des vices de fond intimement liés²⁹³, d'autres se félicitent des résultats obtenus dans le cadre du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) en ce qui concerne la conciliation des intérêts privés et des intérêts publics, bien que des changements et des garanties complémentaires spécifiques soient nécessaires²⁹⁴.

Les préoccupations relatives au régime d'investissement international en vigueur (et au RDIE en particulier) sont multiples et se renforcent généralement mutuellement. Il n'existe pas de lien suffisant entre la protection de l'investissement et d'autres régimes juridiques internationaux tels que le droit des droits de l'homme et le droit international de l'environnement. Pourtant, les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissement peuvent être amenés à examiner des mesures de développement durable et à mettre en balance les préoccupations sociétales des pays en développement et les intérêts des investisseurs étrangers²⁹⁵. Les préoccupations concernant le régime RDIE actuel sont notamment les suivantes : la transparence²⁹⁶, l'incohérence des interprétations²⁹⁷ même si l'argument n'est pas universellement admis²⁹⁸, l'inexactitude des décisions²⁹⁹, les biais et les conflits d'intérêts potentiels des arbitrateurs³⁰⁰, l'intégration insuffisante de la dimension hommes-femmes, de l'appartenance ethnique, du parcours professionnel et éducatif et de la nationalité, dans les pays africains ou les pays en développement par exemple, une propension à nommer des arbitres de manière répétée³⁰¹, la marginalisation des communautés locales dans le processus³⁰², l'utilisation abusive des traités et les plaintes dénuées de tout fondement³⁰³ le financement des demandes par des tiers³⁰⁴, le risque de sentences élevées³⁰⁵ et l'arsenalisation du système dans les relations avec les États hôtes³⁰⁶. Ces éléments font craindre que l'arbitrage n'empiète sur la capacité des États d'être au service des citoyens par des mesures législatives et réglementaires³⁰⁷. De ces questions découlent également des allégations contradictoires et contestées de partialité envers les demandeurs et envers les pays développés³⁰⁸, bien que le succès des pays défendeurs puisse être conditionné par la force des institutions publiques³⁰⁹ ou même aboutir à des résultats plus favorables aux États défendeurs³¹⁰. En outre, des problèmes tels que l'incohérence des interprétations, la longueur des procédures³¹¹ et les coûts élevés de l'arbitrage³¹² concernent aussi bien les États que les investisseurs³¹³.

Les États peuvent être tenus pour responsables des changements de politique survenus dans des circonstances exceptionnelles. Certaines entreprises envisageraient de saisir les tribunaux d'arbitrage face aux mesures prises par le pays hôte en réponse à la crise sanitaire liée à la COVID-19³¹⁴. Certaines de ces actions en justice pourraient être inconnues du public. Les décideurs politiques confrontés à ces perspectives incertaines pourraient être saisis de paralysie réglementaire et donc enclins à sous-réglementer, ce qui ne ferait qu'accroître l'inquiétude générale quant à un nivellement vers le bas de l'investissement étranger³¹⁵.

Il est difficile d'évaluer si les accords d'investissement ont un effet indu sur l'élaboration des politiques.

Il est difficile d'évaluer si les accords d'investissement ont un effet indu sur l'élaboration des politiques. Des chercheurs font observer que les arbitres sont généralement de plus en plus ouverts à la législation environnementale³¹⁶. Malgré cela, des sentences faisant figure d'exceptions peuvent être prononcées et avoir de graves répercussions sur les États hôtes³¹⁷ et, bien que certains décideurs puissent ne pas avoir conscience de l'existence des accords d'investissement et de leurs effets, des données peu concluantes semblent indiquer que la menace d'un arbitrage peut avoir une incidence sur la prise de décision au niveau national³¹⁸.

Dans les pays développés comme dans les pays en développement, la protection de l'investissement fait l'objet de débats et de politiques novatrices, inspirés par une série d'affaires controversées et alimentés par la mobilisation de la société civile, la résistance des entreprises et les critiques émanant du milieu universitaire³¹⁹. Les questions relatives à la réforme se répercutent sur les changements institutionnels et les modifications ayant trait au fond.

Le Groupe de travail III de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États, un processus établi à l'initiative des États lancé en juillet 2017, sert de cadre de discussion sur la protection de l'investissement au niveau mondial³²⁰. Le groupe de travail, convenant qu'une réforme est souhaitable, se concentre sur les questions de procédure dans les domaines suivants: l'exactitude, la cohérence et la prévisibilité des décisions (y compris l'incohérence des interprétations des normes de fond et la multiplicité des procédures concernant les mêmes réclamations); l'indépendance, la diversité et l'impartialité du tribunal; le coût et la durée des procédures, y compris les frais de justice excessifs et le financement par des tiers, et le recouvrement des coûts lorsque l'État défendeur l'emporte³²¹. D'autres questions de fond, telles que la définition des normes de traitement et le droit de réglementer, qui sont certes des composantes essentielles du problème auquel est confronté le RDIE ont été laissées de côté lors des délibérations du groupe de travail III³²². Certains commentateurs et pays plaident donc en faveur d'une refonte plus large en vue d'une véritable réforme³²³. Le bien-fondé d'un forum multilatéral comme cadre d'une réforme d'une telle ampleur soulève également des questions en raison des problèmes posés par le respect des délais et la recherche d'un consensus³²⁴. Le Chili, Israël, le Japon, le Mexique et le Pérou ont proposé conjointement d'élaborer une série d'options, au lieu d'adopter une approche globale, afin de prendre en compte les différents intérêts exprimés par les États parties³²⁵.

Les positions nationales reflètent souvent des approches qui ont déjà été utilisées dans les traités sous une forme ou une autre. Les propositions des États se répartissent en quatre catégories distinctes: l'amélioration du système RDIE actuel (exprimée dans le plus grand nombre de propositions soumises, notamment celles de l'Équateur et de l'Indonésie); la mise en place d'un mécanisme d'appel pour appuyer les procédures d'arbitrage ponctuelles soutenues par la Chine; la création d'un tribunal multilatéral des investissements, comme le préconisent le Canada et l'Union européenne, et la mise en place de tribunaux locaux ou l'adoption de mécanismes de règlement des différends entre États, comme le préconise le Brésil³²⁶.

Les positions nationales reflètent souvent des approches qui ont déjà été utilisées dans les traités sous une forme ou une autre.

Trois pays africains se sont penchés sur la question d'une éventuelle réforme du RDIE, plaçant tous les trois le développement durable au cœur de tout changement futur et insistant sur la nécessité d'imposer des normes éthiques aux arbitres et de mobiliser davantage les organismes locaux. Le Maroc préfère réformer le système RDIE actuel, mais l'Afrique du Sud et le Mali sont favorables à un système totalement différent. L'Afrique du Sud, bien que n'étant pas opposée en principe à la mise en place d'un tribunal permanent de l'investissement, rejette les propositions actuelles comme étant superficielles et appelle l'attention sur le rôle des tribunaux nationaux et le règlement des différends entre États³²⁷.

Plusieurs pays préconisent également la création d'un organe ou d'un centre consultatif pour les pays en développement. Selon Fernández Masiá et Salvadori (2020), un tel organisme pourrait potentiellement soutenir les pouvoirs publics des pays d'accueil défendeurs dans les affaires de RDIE qui souhaitent remanier leurs traités, mettre en œuvre des mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends ou même s'engager dans un règlement amiable des différends, faciliter le partage d'informations et le renforcement des capacités des fonctionnaires locaux ou, si les pays le souhaitent, aider les personnes physiques et les petites et moyennes entreprises parties à un différend avec les pays d'accueil.

Parallèlement à l'initiative du Groupe de travail III de la CNUDCI, une réforme connexe du Règlement de procédure pour les procédures d'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), la principale instance d'arbitrage entre investisseurs et États, est menée sous l'impulsion de son secrétariat depuis octobre 2016, en consultation avec ses 163 États membres, dont 49 sont africains³²⁸. Les recoupements entre l'initiative de la CNUDCI et la réforme du CIRDI portent notamment sur la transparence, la cohérence des sentences, l'indépendance des arbitres, le coût et la durée des procédures, et le financement par des tiers³²⁹. L'Union africaine (2018), au nom de ses États membres, a approuvé l'idée que les organisations d'intégration économique régionale deviennent parties aux règles du CIRDI et a souligné l'importance de la diversité.

Dans la quatrième version de sa proposition de réforme, élaborée en réaction aux commentaires des États membres, le secrétariat du CIRDI a inclus des règles relatives à la divulgation du financement par des tiers afin de rationaliser et d'accélérer les procédures, des règles sur les mécanismes de règlement extrajudiciaires des différends et la publication par défaut des sentences, à moins qu'une partie au différend ne s'y oppose³³⁰. En mai 2020, le secrétariat du CIRDI en concertation avec le Groupe de travail III de la CNUDCI a présenté un projet de code de conduite à l'intention des adjudicateurs. Le processus ayant été retardé par le coronavirus, les États membres du CIRDI se demandaient, en octobre 2020, s'il fallait poursuivre les discussions sur les règles ou les soumettre à un vote³³¹.

Partout dans le monde, les nouveaux traités ont tendance à mettre davantage l'accent sur le développement durable et la protection de la marge d'action³³². De nouveaux types de accords d'investissement ont été formulés et promus par le Brésil (2015)³³³, l'Inde (2015)³³⁴, les Pays-Bas (2019)³³⁵ et, dans le contexte africain, par le Maroc (2019)³³⁶, entre autres pays. Parmi les exemples récents de accords d'investissement innovants dans le monde, citons les chapitres sur l'investissement de l'Accord de partenariat transpacifique global et progressif de 2016, l'Accord commercial de 2019, et un accord de protection de l'investissement entre l'UE et le Vietnam, l'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique de 2018 qui a remplacé l'Accord de libre-échange nord-américain de 1992, l'Accord de partenariat transpacifique global et progressif de 2018, et le Partenariat économique global régional de 2020 (pas entré en vigueur).

L'expérience africaine témoigne de la fréquence croissante des différends entre investisseurs et États. Dans des affaires de notoriété publique, les États africains ont comparu en qualité de défendeurs dans 127 différends, et les sociétés exportatrices de capitaux domiciliées en Afrique ont engagé 18 poursuites contre les États hôtes, dont 6 en Afrique³³⁷. Les États défendeurs ont obtenu gain de cause dans 31 affaires de notoriété publique et ont perdu dans 21 cas. En revanche, 20 autres affaires ont été réglées (ce qui implique probablement une faute de la part des États), et 10 ont été abandonnées par les investisseurs eux-mêmes. Par rapport au reste du monde, les gouvernements africains ont plus souvent réglé les différends avant qu'une sentence finale ne soit rendue et, parallèlement, ont moins souvent gagné et, surtout, perdu des procès avec des investisseurs sur le fond de l'affaire. Les poursuites en lien avec un investissement contre des États africains provenaient dans leur immense majorité de l'extérieur de la région, ce qui reflète à la fois le poids relatif des investisseurs non africains et la forte densité du réseau de traités valides. Trois pays d'Afrique du Nord ont accumulé le plus grand nombre de poursuites, dont la plupart ont été engagées au cours de la deuxième décennie de ce siècle : l'Égypte, avec 38 poursuites, la Libye, avec 18, et l'Algérie, avec 10, tous des pays disposant d'un solide réseau de traités. Plus de 40 procédures d'arbitrage sont en cours contre des gouvernements africains.

Par rapport au reste du monde, les gouvernements africains ont plus souvent réglé les différends avant qu'une sentence finale ne soit rendue et, parallèlement, ont moins souvent gagné et, surtout, perdu des procès avec des investisseurs sur le fond de l'affaire.

À l'exception de deux affaires au début du XXI^e siècle, toutes les poursuites engagées par des entreprises africaines contre des pays hôtes ont été enclenchées après 2012. Cette assurance croissante manifestée par les entreprises africaines dans l'arbitrage international correspond à la tendance mondiale. Elle peut également être révélatrice de l'accroissement des flux d'investissement étranger, de la participation des entreprises africaines dans des projets à grande échelle et même de la souplesse de certains traités à l'égard de la restructuration des entreprises menée avec détermination. Des entreprises ayant leur siège en Afrique du Sud, en Égypte et à Maurice se sont prévaluées de traités internationaux pour porter plainte contre des pays hôtes en Afrique, en Algérie, au Lesotho, à Madagascar et au Mozambique, et dans le monde, au Canada, en Inde, au Koweït, au Kirghizstan, au Liban et au Pakistan. Jusqu'à présent, le demandeur africain a obtenu gain de cause dans une affaire, trois affaires ont été réglées et six sont en cours. Les quelques affaires intra-africaines connues, soumises en vertu d'instruments régionaux ou bilatéraux, ont en commun un manque de transparence, englobant l'accès aux documents et aux sentences finales.



Les accords élaborés sous l'égide des CER ont inversé l'image des pays africains comme étant celle de pays contraints d'appliquer les règles, prêts à accepter les modèles de traités proposés par les pays industrialisés, qui s'étaient souvent avérés inadaptés à leurs besoins de développement³³⁸. Face au malaise croissant concernant les effets des accords d'investissement, les pays africains ont élaboré de nouvelles approches, à commencer par le traité du Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe de 2007, qui a représenté un changement de paradigme pour la réglementation des investissements étrangers en Afrique³³⁹. Cette tendance, qui s'accélère, s'est cristallisée dans la nouvelle génération d'accords élaborés avec l'appui des CER. Le Code commun des investissements de la CEDEAO (ECOWIC), dont la liste de domaines pertinents pour l'investissement et l'intégration régionale s'allonge de jour en jour, semble marquer cependant un autre virage paradigmatique qui postule que les accords d'investissement sont un moyen de réglementation globale de l'investissement.

Afin de protéger la marge de manœuvre pour l'élaboration de politiques de développement durable, les accords d'investissement régionaux africains évitent les dispositions vagues et formulées en termes généraux, aux implications incertaines, à la faveur d'un libellé plus précis, établissant parfois d'autres normes de traitement, généralement complétées par des exceptions. Les efforts portent sur pratiquement tous les aspects de la protection de l'investissement, depuis les définitions des investisseurs et des investissements visés par le champ d'application du traité jusqu'aux normes de traitement garanties et aux mécanismes de prévention et de règlement des différends disponibles³⁴⁰. Les traités ne sont cependant pas identiques et diffèrent souvent dans leur approche.

L'Accord portant création de la Zone d'investissement commune du COMESA et le Code des investissements de la CEDEAO soulignent le lien entre le développement économique et les actifs pour lesquels les investisseurs peuvent prétendre à une protection (tableau 3.4). Comme le nouveau traité portant création de la SADC, ils excluent sans équivoque les actifs que les États ne considèrent pas comme essentiels au développement des pays d'accueil, comme les obligations d'État ou les investissements de portefeuille. La Zone d'investissement commune du COMESA et l'ECOWIC réglementent également l'accès au traité par les entreprises, afin d'éviter les poursuites rendues possibles par la restructuration des entreprises.

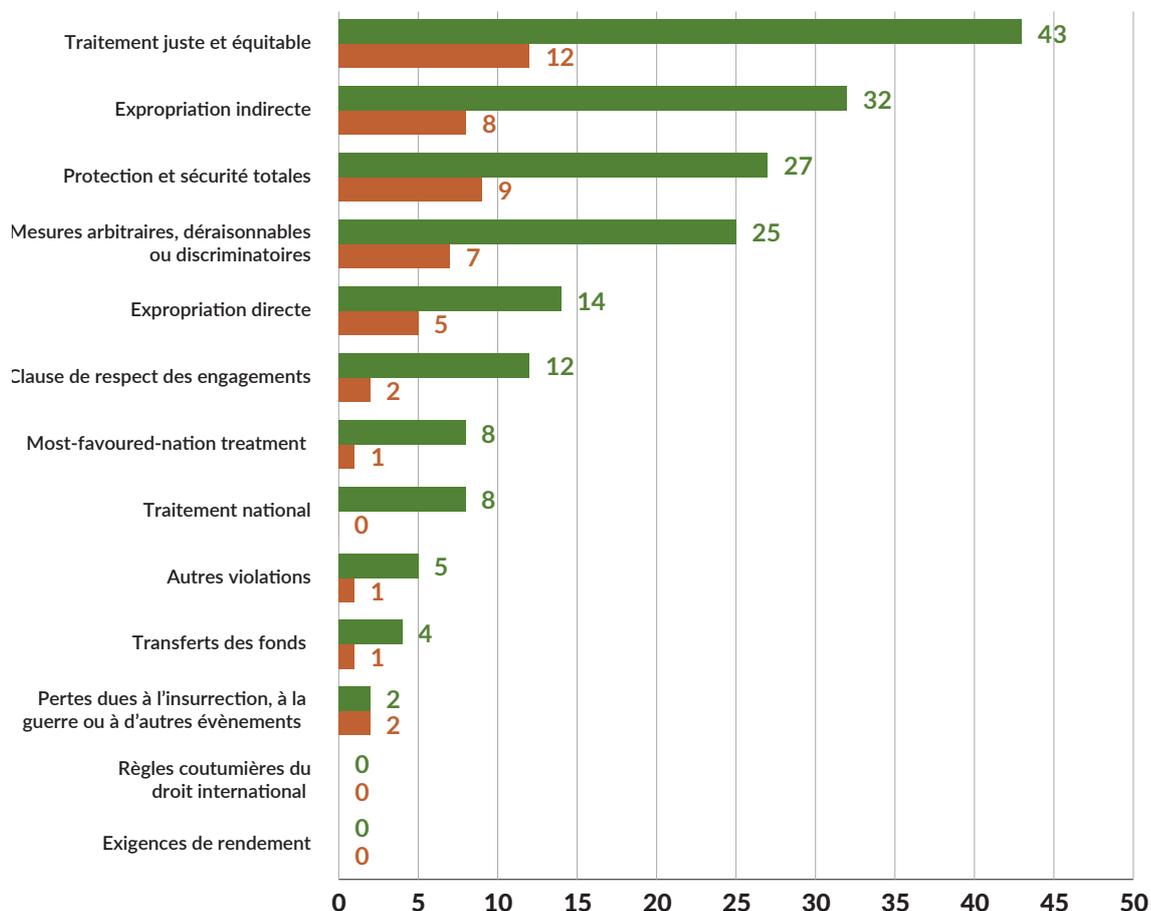
Tableau 3.4 : Critères pour les investissements énoncés dans les accords d'investissement du COMESA et de la CEDEAO

Catégorie	Éléments constitutifs
Activité commerciale substantielle	Montant des fonds investis
	Nombre d'emplois créés
	Effet sur la population locale
	Durée d'exploitation
Test Salini ^a	Engagement de capitaux ou d'autres ressources
	Gain ou profit escompté
	Risque assumé
	Contribution/importance pour le développement du pays d'accueil

^a Le test Salini, utilisé dans la décision sur la compétence du tribunal arbitral dans l'affaire Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc (Affaire CIRDI n° ARB/00/4) (voir l'encadré 3.1), découle de l'application de l'article 25 du règlement du CIRDI. Des débats ont ensuite eu lieu, notamment sur l'élément de contribution au développement et sur la question de savoir si les tribunaux du CIRDI qui l'ont appliqué ont intégré cette condition (voir Burger, 2013 ; Grabowski, 2014 ; Castro de Figueiredo, 2019). Dans ces conditions, dans l'accord, ce quatrième volet du test doit être appliqué même si des questions se posent au sujet de son interprétation exacte. Source: accord d'investissement du COMESA et accord d'investissement de la CEDEAO

Les divergences de fond par rapport aux anciens traités sont manifestes. Tous les accords d'investissement de nouvelle génération élaborés par les CER empêchent que la garantie contre la discrimination à l'égard des investisseurs par rapport aux entités nationales soit invoquée pour contester les politiques favorisant les groupes défavorisés ou soutenant les entreprises par des initiatives publiques ciblées qui pourraient avoir des conséquences pour les investisseurs. Des revendications de ce type doivent être envisagées contre des entités « dans des circonstances similaires » afin d'éviter une application trop large. Les références au « traitement juste et équitable », qui figuraient dans la plupart des réclamations soumises au titre d'un accord d'investissement et qui se sont avérées particulièrement sujettes à controverses, ont été supprimées (figure 3.4). La Zone d'investissement commune du COMESA, suivant l'exemple de l'accord d'investissement type de la SADC, a remplacé cette expression par l'expression « traitement judiciaire et administratif équitable ». La protection contre l'expropriation a été rééquilibrée, les États se réservant un droit de réglementation dans le cadre de la poursuite des objectifs de développement et le complétant par des orientations plus détaillées en matière d'indemnisation. Toutefois, la Zone d'investissement commune du COMESA et l'ECOWIC ont éliminé la notion selon laquelle l'expropriation ne doit pas être discriminatoire, un changement par rapport à la doctrine dominante dans les accords d'investissement internationaux et le droit international coutumier³⁴¹.

Figure 3.4 : Violations invoquées et constatées dans les différends entre investisseurs et États contre des pays africains



Source: CNUCED, 2020b.

Note: les réclamations sont principalement fondées sur les accords d'investissement bilatéraux. Une réclamation invoque généralement une violation présumée de plusieurs normes de traitement. Les affaires en cours sont incluses. Un tribunal peut constater qu'une norme a été violée, que le demandeur ait ou non allégué cette violation.

La liberté de transférer des fonds dans des pays d'accueil et en dehors de ces pays présente une certaine hétérogénéité. Elle reflète également le souci que les pays aient la possibilité d'appliquer le droit interne, par exemple en matière de faillite et de réglementation financière, et des mesures d'urgence visant à corriger les déséquilibres macroéconomiques sans déclencher la responsabilité internationale. Tous les traités sont censés être autonomes et il est impossible d'importer des protections d'autres traités.

Compte tenu des préoccupations suscitées par le système d'arbitrage à l'origine les réformes des accords d'investissement en Afrique, tous les nouveaux traités en vigueur dans les CER mettent l'accent sur le règlement à l'amiable des différends pour traiter les plaintes déposées par les investisseurs. Les accords régionaux d'investissement proposent invariablement des mécanismes régionaux de règlement des différends comme principal cadre de résolution, et ces organes régionaux devraient jouir d'une plus grande légitimité que les procédures ponctuelles d'arbitrage ponctuels. Ils peuvent cependant présenter des facteurs de vulnérabilité³⁴². Le tribunal régional de la SADC a été suspendu en 2010, puis fermé en 2014 à la suite de plusieurs jugements rendus contre le Zimbabwe. Des questions se posent quant à l'application des décisions du tribunal des investissements de la CEDEAO dans certains pays³⁴³. Bien que les accords élaborés par les REC autorisent les tribunaux nationaux et le règlement des différends d'État à État, ces options peuvent ne pas être à la disposition des investisseurs dans la pratique, soit parce que les tribunaux locaux ne statuent pas sur des réclamations soumises au titre d'un accord (voir l'encadré 3.1), soit parce que l'État hôte est réticent à permettre que les réclamations soient traitées par les tribunaux nationaux. L'ECOWIC autorise l'arbitrage à titre de garantie pour les investisseurs une fois que toutes les voies de droit locales, y compris le tribunal régional, ont été épuisées. Les procédures d'arbitrage peuvent se dérouler dans toute instance arbitrale publique ou privée en Afrique ou ailleurs et suivront ses règles. En revanche, en vertu de l'accord d'investissement de la SADC, l'arbitrage entre investisseurs et États est exclu.

Les accords d'investissement de l'UMA, de l'OCI et de la Ligue arabe suivent généralement une voie plus traditionnelle, reflétant en partie l'époque à laquelle ils sont apparus. L'Accord de l'UMA n'offre pas grand-chose en ce qui concerne les normes du traitement en valeur relative. Il limite le traitement national, qui exige que les investisseurs étrangers bénéficient du même traitement que les investisseurs locaux, aux procédures préalables à l'établissement, ne comporte aucune clause visant à établir la parité juridique entre les entreprises locales et les investisseurs tiers, mais contient des normes de protection fortes en valeur absolue. Outre le traitement juste et équitable et l'expropriation, il protège contre toute ingérence dans la gestion de l'investissement, sa productivité, sa politique financière, sa politique de l'emploi ou toute autre politique. L'Accord d'investissement de l'OCI de 1981 ne fait pas mention de la norme du traitement juste et équitable³⁴⁴, mais contient une autre disposition inhabituelle et une accumulation d'autres types de normes de protection; en outre, il ne prévoit pas de garanties contre le chalandage fiscal et la multiplicité des procédures d'arbitrage.³⁴⁵ Contrairement aux nouveaux accords élaborés par les REC, sa clause de la nation la plus favorisée n'empêche pas l'accès à des normes de traitement plus favorables dans des accords parallèles conclus par l'État hôte, une caractéristique dont les demandeurs se sont de plus en plus saisis (encadré 3.3). L'Accord d'investissement de la Ligue arabe modifié de 2013 prend la direction opposée à plusieurs égards, par exemple en introduisant la norme du traitement juste et équitable précédemment absente avec un choix des termes illimité qui pourrait entraîner des divergences dans l'interprétation de son champ d'application et en libéralisant davantage la clause relative au transfert de fonds³⁴⁶.

Encadré 3.3 : Accès au meilleur traitement disponible au moyen de la clause de la nation la plus favorisée en vertu de l'Accord d'investissement de l'OCI de 1981

Plusieurs procédures arbitrales découlant de l'Accord d'investissement de l'OCI de 1981 montrent comment des dispositions relatives à l'investissement rédigées en toute transparence peuvent être utilisées pour importer des normes fondamentales qui ne figuraient pas dans l'accord de base et pour aider l'arbitre à suivre les différentes règles d'arbitrage. L'article 8.1 de l'accord n'applique le traitement de la nation la plus favorisée qu'aux États tiers, et non aux autres États parties (ce qui est rare dans les accords régionaux), mais donne par ailleurs peu d'indications quant à son interprétation.

Dans la toute première affaire de notoriété publique fondée sur l'accord de l'OCI, *Al Warraq*, un ressortissant saoudien, a allégué en 2011 que le renflouement par les autorités indonésiennes, plusieurs années auparavant, d'une banque dans laquelle il détenait des parts constituait un cas d'expropriation illégale. Il a également contesté les procédures pénales et judiciaires qui avaient été entamées contre lui par les autorités publiques¹. Bien que la décision de 2014 ait confirmé que l'Indonésie avait enfreint les dispositions de l'accord, aucune indemnisation n'a été versée au demandeur. Dans son raisonnement, le tribunal a « importé » et appliqué la clause relative au traitement juste et équitable énoncée dans l'accord bilatéral d'investissement parallèle de 1976 conclu avec le Royaume-Uni. Le pays défendeur, bien que s'appuyant sur le droit international des droits de l'homme, a été considéré comme ayant enfreint la norme du traitement juste et équitable en raison du déni de justice pendant le procès et la procédure faisant appel des charges².

Mais la majorité a estimé que le tribunal ne pouvait pas connaître de l'affaire, car l'investisseur, reconnu coupable de fraude financière et de détournement de fonds, n'avait pas respecté les dispositions de l'article 9 de l'accord, en vertu duquel il était tenu de se conformer aux lois et règlements locaux et de s'abstenir de tout acte susceptible de troubler l'ordre public ou la moralité publique ou de porter atteinte à l'intérêt public. Une demande reconventionnelle connexe a échoué sur le fond³. Le recours formulé contre l'expropriation a été rejeté, l'Indonésie ayant été jugée dans son droit sur la base de l'article 10.2 b) autorisant les mesures préventives prises conformément à un ordre d'une autorité juridique compétente. Il convient également de noter que l'action intentée par l'investisseur pour non-respect de la protection et la sécurité pleine et entière n'a pas abouti, puisque l'OCI ne garantissait l'application de cette norme qu'aux investissements, et non aux investisseurs.

En octobre 2016, *DS Construction*, une société immatriculée aux Émirats arabes unis, a entamé une procédure d'arbitrage contre la Libye, alléguant que la conduite de l'État hôte à l'époque de sa guerre civile de 2011 équivalait à une expropriation indirecte, et réclamant 525 millions de dollars pour l'interruption de 19 contrats de construction⁴. Les détails de l'affaire n'ont pas été rendus publics, mais il a été rapporté que l'État défendeur n'a pas nommé un deuxième arbitre. L'investisseur a donc déposé une notification d'arbitrage auprès de la Cour permanente d'arbitrage (CPA), dont le siège est à La Haye, afin de constituer un tribunal en vertu du règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, importé par l'intermédiaire de la clause de la nation la plus favorisée du traité d'investissement bilatéral Autriche-Libye de 2002⁵.

L'investisseur a fait valoir un risque de déni de justice et d'impossibilité de respecter le principe d'efficacité⁶. Après la nomination d'un deuxième arbitre par le secrétaire général de la CPA en mars 2017 pour combler le vide laissé précédemment par le règlement de la CNUDCI⁷, le tribunal composé de trois arbitres est désormais au complet⁸, tandis que la Libye a saisi le tribunal français pour demander l'annulation⁹.

La décision créative prise par la CPA pour sortir de l'impasse a été saluée par certains commentateurs pour avoir donné effet à la convention d'arbitrage existante¹⁰. Puisqu'il semble que le Secrétaire général de l'OCI ne se soit pas engouffré dans la faille laissée par les États défendeurs à au moins six autres occasions, y compris dans des procédures intentées contre l'Égypte, l'approche de la CPA pourrait avoir des implications pour ces procédures, ainsi que pour le futur dispositif institutionnel prévu par l'accord de l'OCI¹¹.

1. Hesham T. M. Al Warraq c. République d'Indonésie, UNCITRAL.
2. Cotula, 2016; Schill et Djanic, 2019.
3. Rivas and Choi, 2015.
4. Affaire CPA n° 2017-21; Bennadji, 2019.
5. Escobar et De Jesús, 2017; Volterra Fietta, 2017.
6. Gharavi, 2020.
7. Perry, 2017.
8. CNUCED, 2020b.
9. Gharavi, 2020.
10. Khattar, 2019; Escobar et De Jesús, 2017.
11. Bennadji, 2019; Escobar et de De Jesús, 2017; Gharavi, 2020; Volterra Fietta, 2017.

L'Accord d'investissement de la Ligue arabe de 1980 a institué la Cour arabe d'investissement. Dans les deux versions de l'accord, la Cour arabe d'investissement sert de mécanisme de résolution des différends entre investisseurs et États par défaut. L'accord de l'UMA offre aux demandeurs la possibilité de choisir entre les autorités judiciaires des États et l'arbitrage et, faisant directement référence l'accord d'investissement initial de la Ligue arabe, il prévoit l'accès à la Cour arabe d'investissement. L'arbitrage dans une instance différente n'est autorisé que si l'État défendeur y consent. Aux termes de l'Accord d'investissement de l'OCI, les États déposent une offre permanente d'arbitrage dans l'attente de la création d'un organe spécialisé³⁴⁷. Le différend opposant DS Construction et la Libye a peut-être intensifié les efforts déployés pour établir une instance en lieu et place de la Cour arabe d'investissement (voir l'encadré 3.3)³⁴⁸.

Dans certains cas, les normes de traitement se chevauchent, mais ne coïncident pas entièrement avec les garanties que les États offrent en vertu de leur droit interne. Le traitement national en Namibie (entre autres pays), comme dans ses accords régionaux, est soumis à une évaluation de circonstances similaires, ne s'applique pas aux marchés publics liés à l'aide au développement ou aux fonds de développement et ne protège pas contre l'État qui prévoit des formalités spéciales en relation avec des investissements effectués par des investisseurs étrangers, qui ne portent pas atteinte de manière importante aux droits prévus par les dispositions de la loi sur la promotion de l'investissement. Cette norme de traitement, dont peuvent bénéficier tous les investisseurs en Namibie, est soumise à l'interprétation des tribunaux nationaux, et non à celle des arbitres internationaux, et risque de ne pas être entièrement conforme aux normes énoncées dans les accords d'investissement auxquels le pays a adhéré.

Le traitement juste et équitable, qui a été abandonné dans les nouveaux accords élaborés par les CER, figure en bonne place dans certains codes nationaux des investissements, par exemple en Égypte, en République démocratique du Congo et aux Seychelles. Les clauses relatives au traitement juste et équitable semblent aussi concises que celles qui figurent habituellement dans les accords internationaux d'investissement, mais leur interprétation par les tribunaux nationaux s'appuierait en principe sur les dispositions juridiques nationales, telles que les règles constitutionnelles, les codes administratifs, la législation en matière de procédure civile et de procédure pénale³⁴⁹. En revanche, en République démocratique du Congo, le traitement juste et équitable est lié aux principes du droit international. L'Algérie, la Côte d'Ivoire et d'autres pays réaffirment la norme de traitement dont bénéficient les investisseurs visés par les accords d'investissement. En revanche, l'Afrique du Sud applique le traitement équitable et administratif pour assurer une protection contre les irrégularités juridiques, judiciaires et administratives.



Compte tenu de la plus grande ouverture des pays africains aux capitaux étrangers ces dernières décennies, leurs systèmes juridiques ont mis l'accent sur la protection contre l'expropriation sans indemnisation.

Dans les systèmes juridiques nationaux, la question de l'expropriation est généralement traitée dans la constitution et dans des lois plus spécifiques, généralement des codes nationaux des investissements³⁵⁰ et des lois bien distinctes sur l'expropriation des terres. Compte tenu de la plus grande ouverture des pays africains aux capitaux étrangers ces dernières décennies, leurs systèmes juridiques ont mis l'accent sur la protection contre l'expropriation sans indemnisation. L'Afrique du Sud va à contrecourant de la tendance avec un projet de loi sur l'expropriation de 2019 qui prévoit l'expropriation de terres sans indemnisation. Cette option est en adéquation avec la constitution sud-africaine, qui prend

en considération non seulement la valeur de marché des terres, comme c'est généralement le cas dans les accords internationaux d'investissement, mais aussi les facteurs d'intérêt général suivis dans certaine jurisprudence internationale des droits de l'homme en ce qui concerne le droit à la propriété³⁵¹.

Les garanties dont bénéficient les investisseurs au niveau national sont habituellement fondées sur les accords d'investissement. En Afrique, les lois nationales ne protègent généralement pas contre l'acquisition par des moyens indirects, telle qu'elle est reconnue dans l'arbitrage international (tableau 3.5). En revanche, le code des investissements du Mali de 2012 contient une disposition s'apparentant à la clause de stabilisation des contrats, en vertu de laquelle les investisseurs qui bénéficient d'avantages découlant du code ne seront pas concernés par des modifications législatives ou réglementaires ultérieures visant à éliminer ou à relativiser ces avantages.

Tableau 3.5 : Lois sur l'expropriation dans certains pays africains

Catégories	République du Congo	Nigéria	Rwanda	Tunisie	Zambie
Droit applicable	Expropriation pour cause d'utilité publique (2004)	Loi sur la Commission nigériane pour la promotion de l'investissement (1995)	Loi relative à la promotion et à la facilitation de l'investissement (2015)	Loi de l'investissement en Tunisie (2018)	Loi sur l'Agence de développement de la Zambie (2006)
Type d'acquisition contre lequel les investisseurs sont protégés	Expropriation de biens fonciers	Nationalisation, expropriation, renoncement involontaire à des biens ou des titres fonciers	Expropriation du capital et des actifs	Expropriation	Expropriation de biens ou de titres fonciers
Conditions d'expropriation	Utilité publique, y compris les travaux publics	Intérêt national ou utilité publique En vertu d'une loi prévoyant une indemnisation et une décision judiciaire concernant l'indemnisation	Utilité publique	Utilité publique Conformité avec les procédures juridiques Non-discrimination	Utilité publique Loi parlementaire Versement d'une indemnité
Méthode d'évaluation	Indemnisation préalable et équitable	Indemnisation équitable et adéquate	Indemnisation équitable et adéquate	Indemnisation préalable et équitable	Valeur de marché
Transfert de l'indemnité	s.o	Sans retard En devise convertible	s.o	s.o	Transférable rapidement et en totalité au taux de change applicable dans la devise de l'investissement initial Sans déduction pour les impôts, prélèvements et autres droits
Notes	La Charte de l'investissement du Congo (2003) ne fait pas référence à l'expropriation		L'indemnisation équitable et préalable est inscrite dans la constitution	Les décisions judiciaires et arbitrales bénéficient d'une dérogation	

Source: lois nationales relatives à l'investissement.

Parallèlement à la libéralisation économique globale, les pays africains ont assoupli les restrictions sur les flux de capitaux³⁵². Au Cameroun, seuls les États membres de l'Union monétaire de l'Afrique centrale ont le droit de transférer des fonds, mais les accords d'investissement, en renvoyant au droit interne, s'apparentent désormais au droit interne. Le Niger, par exemple, garantit le droit de transférer les revenus des entreprises et le produit de la liquidation conformément au droit applicable. En Sierra Leone, après s'être acquittés de leurs obligations fiscales, les investisseurs peuvent transférer les bénéfices de l'entreprise et les versements au titre du principal et des intérêts perçus sur les prêts étrangers et librement rapatrier le produit de la liquidation de l'entreprise et les sentences exécutées au titre du règlement des différends.

Les cadres juridiques internes offrent généralement aux investisseurs divers types de règlement des différends, contraignants ou non. L'attention croissante accordée à la facilitation de l'investissement ainsi qu'à la détection et à la réduction précoces des problèmes met davantage en lumière l'importance des établissements nationaux capables d'établir et de maintenir des liens avec les investisseurs. Les organismes de promotion de l'investissement, qui peuvent déjà avoir des liens avec les investisseurs pour avoir servi de trait d'union entre eux et l'appareil d'État, peuvent occuper une position privilégiée pour fournir ou faciliter certains de ces services. Les pays peuvent aussi mettre en place des organes spécialisés pour ces services, de manière à réduire l'influence exercée par des investisseurs ayant déjà établi des liens. En revanche, ces nouveaux organes ont besoin de temps pour se forger une réputation et faire face à des coûts supplémentaires, ce qui les rend potentiellement plus vulnérables face au changement.

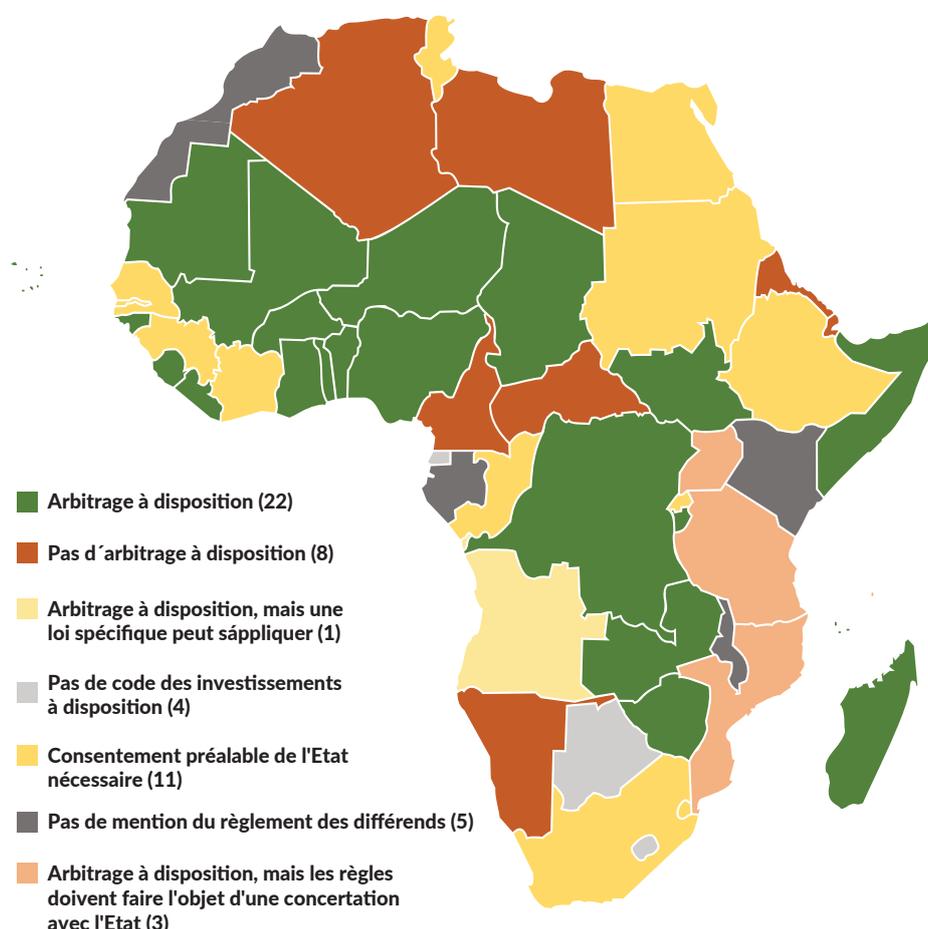
Si les différends ne sont pas réglés à l'amiable, les tribunaux locaux sont généralement à la disposition des investisseurs qui estiment que leurs droits institués en vertu de codes des investissements ou d'autres lois nationales ont été violés. Il n'en reste pas moins que la méfiance à l'égard du système juridique national était un facteur clé de l'émergence des accords d'investissement au départ. Dans certains cas, les tribunaux interprètent également les accords d'investissement (voir l'encadré 3.1). Divers mécanismes, dont les tribunaux nationaux et l'arbitrage international, peuvent régler les différends liés aux contrats, en fonction notamment de la nature du différend et du fait que le contrat prévoit ou non un mécanisme de règlement des différends³⁵³.

L'arbitrage international est accessible aux investisseurs étrangers en vertu du code des investissements de plusieurs pays africains³⁵⁴, mais seule une minorité de ces pays incluent une offre permanente d'arbitrage, qui figure généralement dans les accords d'investissement (figure 3.5). Abstraction faite des accords et contrats internationaux, différents pays africains offrent aux investisseurs étrangers la possibilité de choisir entre l'arbitrage national et international. Certains pays acceptent l'arbitrage international (comme le Bénin, le Ghana, le Nigéria et la République démocratique du Congo,), certains donnent le choix entre l'arbitrage national et international (comme le Burkina Faso et le Burundi), d'autres exigent un accord spécifique de la part de l'État pour l'arbitrage international, mais pas pour l'arbitrage national (comme le Zimbabwe) ou pour l'arbitrage international ou

national (comme le Rwanda, le Soudan et le Soudan du Sud), et d'autres encore n'autorisent que l'arbitrage national (comme l'Égypte). Les accords d'investissement donnent parfois accès à l'arbitrage dans des pays où le droit interne en restreint le recours³⁵⁵. Les garanties accordées par le code des investissements applicable guideront les arbitres dans leur interprétation. Comme nous l'avons vu plus haut, ces garanties pourraient être en porte-à-faux avec les traités internationaux, qui peuvent s'appliquer en parallèle. Démontrant l'influence des institutions internationales de développement, une étude portant sur 74 pays effectuée par Berger et St John (2020) montre que les pays qui suivent les conseils sur les meilleures pratiques du Service consultatif pour les investissements étrangers de la Banque mondiale avaient 6,5 fois plus de chances que les autres de modifier leur législation nationale pour donner aux investisseurs l'accès à l'arbitrage international. L'arbitrage fondé sur le droit interne peut rencontrer les mêmes problèmes systémiques que l'arbitrage fondé sur les traités.



Figure 3.5 : Mécanismes d'arbitrage à la disposition des investisseurs étrangers dans les pays africains à travers les codes nationaux des investissements



Source: Liste des codes nationaux des investissements dans CNUCED (2020 b).

Note : Pour le Nigéria, il est fait référence à la loi nigérienne sur la promotion de l'investissement (2004), et pour l'Ouganda, à la loi sur le code des investissements (2019).

Avertissement : Ce chiffre n'est qu'une indication et ne doit pas être considéré comme déterminant pour évaluer le droit pour les investisseurs de recourir à l'arbitrage. Les limites et les noms montrés ainsi que les appellations utilisées sur les cartes n'impliquent pas un endossement ou une acceptation par les Nations Unies en ce qui concerne le statut légal des pays, territoires, cité, ville ou zone ou de ses autorités, ou concernant la délimitation de ses frontières ou limites. Tout effort est fait pour s'assurer que la carte ne comporte pas d'erreurs mais il n'y a pas de garantie que la carte et ses caractéristiques ne sont ni spatialement ni temporellement précises ou conviennent pour un usage particulier. Cette carte est employée sans aucune garantie d'aucune sorte que ce soit, que ce soit, expresse ou implicite.

En octobre 2020, 17 pays d'Afrique de l'Ouest et d'Afrique centrale³⁵⁶ faisaient partie de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), qui a pour objet d'harmoniser le droit des affaires de ses membres dans un cadre commun. Le texte révisé de l'Acte uniforme de l'OHADA, adopté en novembre 2017, devait permettre de « renforcer la transparence, la célérité et l'efficacité des procédures arbitrales dans les États membres de l'OHADA. » Il est entré en vigueur l'année suivante.

Parallèlement aux règles de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) de l'OHADA, l'Acte uniforme de l'OHADA ouvre des voies d'accès à l'arbitrage aux investisseurs remplissant les conditions requises en vertu de la législation nationale ou des accords d'investissement internationaux³⁵⁷. Le règlement de la Cour met également l'accent sur les mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends, et en décembre 2017, les membres de l'OHADA ont adopté l'Acte uniforme sur la médiation. L'Acte uniforme de l'OHADA prime sur le droit interne, mais d'aucuns craignent que les mesures internes d'exécution, la mise en œuvre et l'application de l'Acte de l'OHADA et les répercussions des règles fixant le tarif des actes de la CCJA sur la disponibilité des arbitres experts posent un problème³⁵⁸.

Les approches de l'arbitrage entre investisseurs et États varient en Afrique en fonction des instruments juridiques et des pays. Dans les cas où les investisseurs peuvent recourir à l'arbitrage, les pays africains qui souhaitent revendiquer à nouveau le droit international de l'investissement pourraient envisager d'encourager les centres locaux d'arbitrage. Ces centres doivent toutefois disposer de compétences suffisantes, et leurs règles doivent être efficaces et favoriser la transparence.

Obligations des investisseurs

Les accords d'investissement ne prévoient généralement que des obligations pour les États. La réglementation du comportement des investisseurs se trouve reléguée au niveau du droit interne des pays d'accueil. La législation nationale applicable aux investisseurs se heurte toutefois aux obligations imposées par les accords d'investissement et le droit international de l'investissement. Il peut en résulter une asymétrie dans le régime juridique, qui limite l'utilité des investissements étrangers au service du développement durable. En revanche, dans le cadre de récents efforts menés essentiellement par les pays africains, les accords d'investissement ont conféré des responsabilités aux investisseurs afin de rééquilibrer le régime d'investissement actuel et de faire en sorte que la mobilisation de capitaux privés se traduise par des avantages tangibles pour la société dans les pays d'accueil³⁵⁹. Des problèmes initiaux liés à l'élaboration des traités doivent toutefois encore être résolus pour que les obligations des investisseurs portent tous leurs fruits.

À l'image de la couverture quasi universelle de la protection de l'investissement par les accords d'investissement, les obligations des investisseurs peuvent régir des aspects essentiels du comportement des entreprises dans les pays d'accueil, notamment le respect des droits de l'homme, des normes de travail, de la protection de l'environnement et des lois et principes relatifs à la fiscalité et à la lutte contre la corruption³⁶⁰. L'un des moyens d'instituer ces obligations est de les incorporer dans le droit interne applicable³⁶¹. Les obligations des investisseurs vis-à-vis des pays d'origine et des pays d'accueil seraient ainsi portées au niveau des traités et leur teneur serait entièrement décidée par l'État³⁶². Les accords d'investissement peuvent aussi contenir leurs propres obligations juridiques internationales autonomes pour les investisseurs, convenues par tous les États parties. Les États pourraient en outre convenir de mettre en œuvre certaines normes communes dans le cadre de leur législation nationale afin de garantir l'application d'un cadre normatif tous les investisseurs.

L'intégration d'obligations conformes aux normes internationales permettrait non seulement d'accroître l'uniformité des différents régimes juridiques, même si les normes évoluent.

L'intégration d'obligations conformes aux normes internationales permettrait non seulement d'accroître l'uniformité des différents régimes juridiques, même si les normes évoluent³⁶³, mais aussi d'encadrer l'interprétation des traités pour mieux tenir compte de leurs objectifs en matière de développement³⁶⁴. Parmi les instruments internationaux largement reconnus qui pourraient servir de base à l'élaboration des obligations des investisseurs, on peut citer la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), la Déclaration de l'Organisation internationale du Travail (OIT) relative aux principes et droits fondamentaux au travail (1998), la Déclaration de principes tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale (2017), la Convention des Nations Unies contre la corruption (2003) et les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (2011).

Selon la manière dont elles sont élaborées, les normes pourraient être appliquées de diverses façons complémentaires. Premièrement, le respect de ces normes pourrait constituer une condition à l'accès des investisseurs aux mécanismes de règlement des différends. Deuxièmement, les manquements pourraient être pris en compte dans l'examen au fond et avoir une incidence sur le montant que les États doivent payer s'ils sont jugés responsables d'un manquement à leurs obligations. Troisièmement, les agissements des investisseurs pourraient être invoqués par les États pour présenter des demandes reconventionnelles contre les investisseurs, ou pourraient être pris en considération dans le montant de l'indemnisation à payer dans le cadre d'un différend entre investisseurs et États.³⁶⁵ À ce jour, la présentation de demandes reconventionnelles demeure une pratique peu courante, notamment parce que les traités prévoient rarement des obligations pour les investisseurs.

Enfin, et plus fondamentalement, si les investisseurs manquent à leurs obligations, les pays et les communautés d'accueil et d'origine pourraient tenter une action contre eux³⁶⁶. Dans le cadre des traités, les États peuvent s'engager à éliminer les obstacles procéduraux ou juridictionnels afin de garantir l'accès des États d'accueil à la justice devant leurs tribunaux pour les dommages causés par des investisseurs. Les pays d'origine pourraient promulguer une loi qui soumettrait les investisseurs aux procédures judiciaires du pays d'origine pour les dommages environnementaux ou autres causés par leurs activités dans les pays d'accueil³⁶⁷. Il conviendrait toutefois de prendre des précautions pour protéger les investisseurs contre les revendications non fondées, qui seraient injustes pour les investisseurs et pourraient nuire à l'attractivité de l'investissement dans les pays d'accueil.

Les pays africains ont été parmi les premiers à incorporer dans les accords d'investissement diverses obligations pour les investisseurs (tableau 3.6). Les accords récents élaborés avec l'appui des CER contiennent davantage d'obligations pour les investisseurs que ceux conclus sous les auspices de la SADC, de la Ligue arabe et de l'OCI.

Tableau 3.6 : Obligations des investisseurs dans les accords d'investissement régionaux africains

	Ligue arabe (2013)	Accord d'investissement du COMESA (2018)	Code des investissements de la CEDEAO (2018)	Accord de l'Organisation de la coopération islamique sur l'investissement (1981)	Code panafricain des investissements (2016)	Communauté de développement de l'Afrique australe (2016)
Respect des lois locales	Engagement ferme	Engagement ferme	Engagement ferme	Engagement ferme	Engagement ferme	Engagement ferme
Droits de l'homme	Engagement peu contraignant	Engagement ferme	Engagement peu contraignant	Engagement peu contraignant	Engagement ferme	Engagement peu contraignant
Corruption	Engagement peu contraignant	Engagement ferme	Engagement ferme	Engagement peu contraignant	Engagement ferme	Engagement peu contraignant
Normes de travail	Engagement peu contraignant	Engagement peu contraignant	Engagement ferme	Engagement peu contraignant	Engagement ferme	Engagement peu contraignant
Environnement/ utilisation des ressources naturelles	Engagement peu contraignant	Engagement peu contraignant	Engagement ferme	Engagement peu contraignant	Engagement ferme	Engagement peu contraignant
Responsabilité sociale des entreprises	Engagement peu contraignant	Engagement ferme	Engagement ferme	Engagement peu contraignant	Engagement ferme	Engagement peu contraignant
Gouvernance d'entreprise	Engagement peu contraignant	Engagement ferme	Engagement ferme	Engagement peu contraignant	Engagement ferme	Engagement peu contraignant
Transfert/ importation de technologie	Engagement peu contraignant	Engagement peu contraignant	Engagement ferme	Engagement peu contraignant	Engagement ferme	Engagement peu contraignant
Transfert de compétences	Engagement peu contraignant	Engagement peu contraignant	Engagement ferme	Engagement peu contraignant	Engagement peu contraignant	Engagement peu contraignant
Pratiques en matière de prix de transfert	Engagement peu contraignant	Engagement peu contraignant	Engagement ferme	Engagement peu contraignant	Engagement peu contraignant	Engagement peu contraignant
Protection des savoirs traditionnels	Engagement peu contraignant	Engagement peu contraignant	Engagement ferme	Engagement peu contraignant	Engagement peu contraignant	Engagement peu contraignant
Obligations sociopolitiques	Engagement peu contraignant	Engagement ferme	Engagement ferme	Engagement peu contraignant	Engagement ferme	Engagement peu contraignant

Engagement ferme
 Engagement peu contraignant

Source: accords d'investissement régionaux

Le principe de conformité à la législation locale occupe une place de premier plan³⁶⁸. Les investisseurs et leurs investissements doivent remplir toutes les conditions requises pour bénéficier de la protection prévue par les traités et pour écarter toute responsabilité éventuelle. Il est arrivé que des tribunaux déboutent des investisseurs de leurs demandes car leur investissement n'avait pas été réalisé conformément aux lois applicables (encadré 3.4). L'obligation de s'abstenir de toute pratique de corruption est également implicite et est renforcée dans le cadre de dispositions spécifiques de l'Accord portant création de la Zone d'investissement

commune du COMESA et dans l'ECOWIC. Dans la pratique, les tribunaux prennent généralement, bien que pas systématiquement, la corruption au sérieux, même si l'obligation de s'abstenir d'une telle pratique n'est pas énoncée dans le traité sur lequel la demande est fondée.

Encadré 3.4: Cortec Mining, Cortec Limited et Stirling Capital Limited c. République du Kenya (Affaire CIRDI n° ARB/15/29)

Le différend opposant Cortec Mining à la République du Kenya est né du retrait en 2013 du permis d'exploitation de la mine de Mrima Hill, riche en niobium et autres minéraux de terres rares. Cette décision s'inscrivait dans le cadre d'un examen des projets miniers mené à l'échelle nationale par le gouvernement nouvellement élu, qui soupçonnait des irrégularités dans la délivrance des permis par l'administration précédente. En 2015, estimant avoir été victimes d'expropriation d'actifs, Cortec Mining et deux autres filiales ont engagé une procédure d'arbitrage devant un tribunal du CIRDI, en vertu des accords d'investissement bilatéraux conclus entre le Royaume-Uni et le Kenya en 1999, réclamant deux milliards de dollars de dommages et intérêts. Le Gouvernement kényan a contesté la validité juridique du permis d'exploitation minière puisqu'un permis spécial était nécessaire du fait du statut spécial de protection dont bénéficie Mrima Hill en tant que réserve forestière, réserve naturelle et monument national¹.

En octobre 2018, le tribunal a débouté Cortec de sa demande pour des raisons de compétence. Il a conclu, au regard de la législation nationale, que les sociétés concernées n'avaient pas produit une étude valable de l'impact sur l'environnement, nécessaire à l'obtention du permis d'exploitation minière. La condition selon laquelle l'investissement doit être constitué conformément à la législation du pays d'accueil n'a pas été expressément énoncée dans la sentence, mais le tribunal a estimé que le libellé et le but du [traité bilatéral d'investissement] et de la Convention CIRDI sont incompatibles avec le fait de tenir le pays d'accueil financièrement responsable des investissements effectués au mépris des lois nationales essentielles à la protection d'intérêts publics tels que l'environnement². Le tribunal a également appliqué le test de la proportionnalité et a conclu que les obligations réglementaires non respectées par les demandeurs revêtaient une importance fondamentale dans une zone écologiquement vulnérable³. En février 2019, les demandeurs ont introduit un recours en annulation, faisant valoir, entre autres, que le tribunal avait manifestement excédé ses pouvoirs. La procédure d'annulation est en cours.

Cette affaire met en évidence le fait que les tribunaux sont susceptibles d'exiger le respect des éléments essentiels du cadre juridique et réglementaire au moment de la réalisation de l'investissement, même si une telle obligation n'est pas explicitement énoncée dans le traité. Toutefois, cette approche n'est pas forcément appliquée de façon uniforme, ne couvre pas les violations commises pendant la phase d'exploitation et ne rend pas entièrement prévisible le résultat du test de la proportionnalité qui sera appliqué ultérieurement par d'autres tribunaux.⁴

1. Sentence : para. 5.

2. Sentence : para. 333.

3. Sentence : para. 363.

4. Cotula et Gathii, 2019 ; Harrison, 2019 ; Ofodile, 2019.

Les obligations des investisseurs, outre le respect de la législation du pays d'accueil, dans les accords d'investissement régionaux africains remontent aux premiers accords d'investissement du COMESA et de la CEDEAO. L'Accord portant création de la Zone d'investissement commune du COMESA et notamment l'ECOWIC, ainsi que ceux qui leur ont succédé, vont plus loin que les autres traités régionaux africains en prévoyant des obligations pour les investisseurs. L'Accord portant création de la Zone d'investissement commune du COMESA met l'accent sur le respect des droits de l'homme. L'ECOWIC, dont le champ d'application est relativement large, porte non seulement sur des questions relatives au travail et à l'environnement, mais institue également toute une série d'obligations nouvelles, notamment en ce qui concerne les pratiques en matière de prix de transfert (souvent utilisés de manière abusive aux fins d'une planification fiscale agressive favorisant les flux financiers illicites)³⁶⁹, les savoirs traditionnels (pour protéger la valeur des actifs immatériels dont les communautés locales sont les gardiennes) et le transfert de technologie et de compétences (pour tirer le meilleur parti des retombées de l'investissement ; chapitre 2). L'ECOWIC précise en outre que les investisseurs doivent se conformer aux obligations dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur du traité, mais qu'aucune obligation rétroactive n'est prévue. Certaines dispositions se recourent et manquent de clarté ou pourraient s'avérer difficiles à respecter si elles étaient appliquées indifféremment à l'ensemble des entreprises, sans tenir compte de leur taille. Les traités de l'UMA et de la Ligue arabe instituent également l'obligation pour les investisseurs de coordonner autant que possible leurs activités avec les pays d'accueil.

L'ECOWIC précise en outre que les investisseurs doivent se conformer aux obligations dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur du traité, mais qu'aucune obligation rétroactive n'est prévue.

Contrairement aux traités régionaux, les traités bilatéraux n'ont guère évolué. Le traité d'investissement bilatéral Maroc-Nigéria (non entré en vigueur) constitue une exception notable, puisqu'il s'agit du premier traité d'investissement bilatéral disposant expressément que les investisseurs et leurs investissements doivent respecter les droits de l'homme. La nature exacte des obligations en matière de droits de l'homme est difficile à définir à partir de ce libellé laconique, bien qu'elle puisse être précisée ultérieurement par la jurisprudence, comme cela a été le cas pour de nombreuses dispositions de fond concernant la protection des investissements³⁷⁰.

Des obligations vaguement définies pourraient faire réfléchir les investisseurs. Les caractéristiques novatrices du traité signé entre le Maroc et le Nigéria n'ont pas été reprises dans les traités négociés par la suite avec d'autres pays africains. Il convient par ailleurs de noter que ce traité et l'Accord d'investissement de l'OCI se chevauchent. Les investisseurs lésés pourraient donc contourner les dispositions relatives aux droits de l'homme lorsqu'ils engagent une procédure contre l'un de ces États.

Les États peuvent invoquer le non-respect des obligations énoncées dans l'Accord portant création de la Zone d'investissement commune du COMESA et l'ECOWIC pour se défendre dans le cadre de procédures engagées par des investisseurs devant un tribunal ou une instance internationale d'arbitrage, même si seul l'Accord portant création de la Zone d'investissement commune du COMESA mentionne expressément cette possibilité³⁷¹. Le traité d'investissement bilatéral Maroc-Nigéria prévoit cependant un système complet d'application et de sanction, puisque les obligations des investisseurs peuvent servir de base à la fois aux demandes reconventionnelles et aux poursuites pouvant être engagées dans l'État d'origine de l'investisseur si les actes ou les décisions de ce dernier causent des dommages importants, des blessures corporelles ou conduisent au décès dans l'État d'accueil³⁷².

Dans l'ECOWIC, l'Accord portant création de la Zone d'investissement commune du COMESA et le Code panafricain des investissements, les obligations des investisseurs concordent dans bien des cas avec les obligations concomitantes des États. Il incombe aux investisseurs de se familiariser avec leurs devoirs et obligations, mais le libellé peut être vague et le respect des règles peut s'avérer erratique ou être affaibli par les abus de pouvoir des agents publics.

Dans le cadre de l'ECOWIC, par exemple, les États membres assument la responsabilité de mettre en place des cadres juridiques et institutionnels appropriés. Conjuguée à l'amélioration du climat général des affaires, la facilitation de l'investissement peut aider les investisseurs en leur fournissant des informations sur les règles et les procédures, ainsi que des voies de communication fiables avec les organismes publics concernés. Grâce aux clarifications et à l'aide qu'ils peuvent obtenir auprès de ces sources, les investisseurs peuvent éviter de commettre une transgression involontaire et de détériorer leurs relations avec le pays d'accueil.

Les États modernes ont de plus en plus recours au droit civil et au droit pénal pour régir la conduite des entreprises dans toute une série de domaines. Les pays africains ne font pas exception.

Les États modernes ont de plus en plus recours au droit civil et au droit pénal pour régir la conduite des entreprises dans toute une série de domaines. Les pays africains ne font pas exception. Les obligations incombant généralement aux investisseurs concernent le plus souvent la fiscalité, la politique de la concurrence, le régime de licences et les permis, la protection des consommateurs (chapitres 4 et 7), la protection de la propriété intellectuelle (chapitre 5) et les conditions de travail (discrimination, sécurité sociale, embauche et licenciement, etc.). Les lois sur les études d'impact dans le cadre de la protection de l'environnement sont également devenues de plus en plus courantes dans les pays africains.

Les codes des investissements peuvent mettre l'accent sur ces domaines clés et modeler le comportement des investisseurs conformément à la vision du développement durable de leur pays. Ils peuvent directement établir certaines

obligations, tandis que d'autres dispositions législatives spécialisées peuvent en renvoyer à d'autres. Ainsi, aux termes de la loi sur l'investissement du Mozambique (2018), les investisseurs sont tenus de respecter la constitution et les lois du pays, qui interdisent l'ingérence dans les affaires intérieures, et de satisfaire aux obligations liées notamment à la fiscalité, à la sécurité des travailleurs et à l'environnement.

Les investisseurs peuvent parfois être contraints d'apporter des contributions spécifiques dans les pays d'accueil. Création d'emplois locaux, exportation aux fins de l'entrée de devises étrangères et importation de capitaux (par opposition au financement par des institutions locales) font partie des obligations les plus courantes. Dans de nombreux pays, tels que Djibouti et le Rwanda, les investisseurs doivent démontrer qu'ils ont de la difficulté à trouver des compétences dans le pays d'accueil avant de pouvoir recruter des travailleurs étrangers. L'Égypte permet aux investisseurs d'affecter une partie de leurs bénéfices à des initiatives de développement social dans les domaines tels que la santé, la culture, l'aide sociale, l'environnement, l'éducation et la recherche, à condition que ces fonds réservés ne servent pas des objectifs cachés. Une liste de projets pertinents peut aussi être établie par l'État.

Autres engagements des États

Les accords d'investissement protègent principalement les actifs investis dans les pays d'accueil. Ils n'ont généralement pas créé d'obligations autres que celles qu'ont les États d'accueil à l'égard des investisseurs étrangers visés. La répartition inégale des responsabilités et des avantages a alimenté les craintes au sujet de la légitimité du système. L'accent souvent exclusif mis sur la protection de l'investissement ne permet pas d'aligner les obligations sur les nombreux aspects du développement durable. Celles-ci se retrouvent donc exclues de la plupart des traités internationaux, empêchant ainsi la propension à résoudre les différends relatifs aux investissements dans un cadre normatif. Les rédacteurs des traités sont libres d'ajouter des obligations imposées aux États englobant d'autres aspects de l'investissement, y compris certaines obligations qui peuvent être étendues à l'économie nationale.

Les obligations des États, outre la protection de l'investissement, peuvent être de trois types qui se recoupent en partie. Premièrement, elles peuvent renforcer l'intégration régionale en favorisant l'harmonisation des politiques et des règles et en systématisant la promotion et la facilitation de l'investissement multilatéral. Ces obligations imposées aux États font pendant aux obligations des investisseurs en établissant le cadre permettant de les respecter et définissent ainsi formellement la responsabilité partagée, tout en appuyant la libéralisation du marché³⁷³.

Deuxièmement, au-delà des impératifs économiques, les obligations des États peuvent imposer des considérations de développement durable dans les accords d'investissement, enfermant ainsi les pays dans un cercle vertueux de développement socioéconomique, par opposition à une concurrence pernicieuse, et finalement autodestructrice, les uns avec les autres pour les investissements³⁷⁴.

Troisièmement, si l'on ajoute des obligations découlant d'accords internationaux, il est possible de favoriser l'alignement sur le système juridique international. Du point de vue des investisseurs, le respect par les pays d'accueil des traités internationaux en ce qui concerne des questions telles que les droits de l'homme et le travail des enfants peut contribuer à les protéger des risques d'atteinte à la réputation. Ces engagements peuvent venir en complément d'autres engagements déjà pris dans différents traités ou y renvoyer.

La plupart de ces engagements, qui reflètent les obligations envers les citoyens et les populations de l'État hôte et préviennent les externalités négatives pour les autres États membres de la ZLECAf, peuvent être exclus du champ d'application du règlement des différends avec les investisseurs. Au contraire, les engagements des États sont censés être réciproques. Les parties prenantes et la société au sens large devraient également disposer des moyens nécessaires pour les faire valoir en vertu de la législation nationale. Certains engagements améliorent le climat des affaires ; il pourrait donc être utile d'imposer certaines de ces obligations également à toutes les entreprises.

Les obligations des États, outre la protection de l'investissement, comme les obligations des investisseurs, peuvent modifier le régime d'investissement international. Prises ensemble ou séparément, elles peuvent conférer une plus grande légitimité et promouvoir la cohérence du régime conventionnel actuel relatif aux investissements, qui s'appuie sur l'arbitrage entre investisseurs et États. Elles peuvent aussi favoriser la transition vers un système totalement différent avec un mécanisme de règlement extrajudiciaire des différends permettant une participation plus large et plus active des États et des populations.

Les pays africains qui recherchent le moyen de trouver un régime d'investissement plus adapté à leurs réalités ont prévu, à titre expérimental, d'imposer dans leurs accords d'investissement régionaux des obligations aux États ayant trait à l'intégration régionale et au développement durable (tableau 3.7). En revanche, une ligne de fracture est de nouveau apparue entre les accords des CER, généralement plus complets, et d'autres accords dont le champ d'application est élargi à des pays d'autres continents.

Tableau 3.7 : Engagements des États en plus de la protection de l'investissement dans les accords régionaux africains

Type d'engagements		Ligue arabe (2013)	Accord d'investissement du COMESA (2018)	Code des investissements de la CEDEAO (2018)	Accord de l'Organisation de coopération islamique 1981	Code panafricain des investissements (2016)	Communauté de développement de l'Afrique australe (2016)
Intégration régionale	Transparence ^a						
	Libéralisation						
	Coopération en matière de politiques ou harmonisation des politiques						
	Attractivité des investissements						
	Obligations de l'État d'origine						
	Entrepreneurs et capacités de production						
	Fiscalité						
	Appui aux pays les moins avancés						
	Réglementation et supervision financières						
	Corruption						
	Fixation des prix de transfert						
	Questions de fond soulevées dans les phases I et II de la ZLECAF	Ouverture commerciale					
Concurrence							
Protection des consommateurs							
Droits de propriété intellectuelle							
Développement durable	Nivellement vers le bas						
	Inclusion sociale						
	Adhésion aux traités internationaux						
	Diversité culturelle et linguistique						
	Environnement et ressources naturelles						
	Main-d'œuvre et renforcement des capacités						
	Gouvernance d'entreprise						
	Transfert de technologie						

Engagement ferme Engagement peu contraignant

^a Chevauchements avec la facilitation de l'investissement

Note : les catégories en bleu clair correspondent aux obligations des investisseurs (potentiels) ou se rapportent à ces obligations.

Source : accords d'investissement régionaux

Tous les accords régionaux intra-africains de nouvelle génération contiennent des dispositions relatives à la transparence qui obligent les États hôtes à informer les autres pays des nouvelles mesures touchant à l'investissement, ce qui renforce la facilitation de l'investissement.

Tous les accords régionaux intra-africains de nouvelle génération contiennent des dispositions relatives à la transparence qui obligent les États hôtes à informer les autres pays des nouvelles mesures touchant à l'investissement, ce qui renforce la facilitation de l'investissement. Ils encouragent également l'ouverture des marchés, reprenant l'idée que les accords régionaux vont au-delà de la protection des investisseurs actuels et futurs et concourent plus généralement à l'intégration économique. De même, les engagements des États peuvent fournir un cadre de coopération politique et d'harmonisation des politiques évoluant vers un marché commun. Par exemple,

le Comité ministériel du COMESA sera habilité, en vertu du nouvel accord d'investissement du COMESA, à proposer l'adoption de normes régionales dans plusieurs domaines³⁷⁵. En revanche, ces obligations supplémentaires imposées aux États ne figurent pas dans les accords élaborés par les pays d'Afrique du Nord.

Les obligations des États peuvent venir compléter le réexamen des dispositions relatives à la protection de l'investissement pour que les accords d'investissement soient plus orientés vers le développement durable. En Afrique, tous les nouveaux accords régionaux contiennent des engagements visant à empêcher les États d'abaisser les normes du travail ou les normes environnementales par opportunisme pour améliorer l'attractivité des investissements. Même ainsi, la force de cette disposition particulière diffère d'un traité à l'autre. Contrairement à l'ECOWIC et à la Zone d'investissement commune du COMESA, l'accord d'investissement de la SADC ne semble pas créer de disposition contraignante. En effet, au lieu d'employer le terme habituel « shall » (doit) en anglais, il emploie l'expression « recognizes and agrees not to » (reconnaît et convient de ne pas).

Les engagements en matière de développement durable visent à améliorer les engagements des pays et à les égaliser, et ils peuvent porter sur d'autres questions sociales, économiques et environnementales. L'ECOWIC, plus ambitieux, impose des obligations des investisseurs, dans de nombreux domaines, notamment la protection de l'environnement, le renforcement des capacités de la main-d'œuvre et les normes de gouvernance d'entreprise. En revanche, un grand nombre de ces obligations sont énoncées dans le Code panafricain des investissements dans des termes moins rigoureux.

Les accords d'investissement (et les accords commerciaux) figurent parmi les nombreuses sources d'obligations internationales que les États s'imposent dans le domaine économique (voir l'encadré 3.3) ou dans le cadre d'autres aspects de l'élaboration des politiques. Certaines dispositions des accords régionaux portent sur des domaines qui relèvent de la ZLECAf et s'appuient sur la reconnaissance de l'importance des liens régionaux entre les investisseurs et les autres acteurs économiques (chapitre 2). Les accords régionaux sont également influencés par les différentes approches, préoccupations et le stade de développement des institutions dans chaque pays et chaque sous-région (chapitres 4 et 5). Les dispositions des accords régionaux révèlent un engagement croissant dans un plus grand nombre de domaines alliant commerce, investissement et questions et obstacles internes. À terme, des protocoles adaptés à ces domaines les traiteront séparément. Ainsi, non seulement les différents protocoles doivent être alignés les uns sur les autres tant sur le fond que sur le plan de la procédure au niveau continental³⁷⁶, mais il faut également prêter attention à leurs interactions mutuelles, dès que les accords régionaux pertinents seront entrés en vigueur.



La promotion de l'investissement peut tirer parti des résultats obtenus par un pays en ce qui concerne le respect de ses obligations internationales, souvent contenues dans d'autres traités internationaux. La protection de l'investissement, en revanche, peut mettre le régime d'investissement en porte-à-faux avec d'autres obligations internationales. Les États peuvent devoir respecter des obligations internationales relatives à la corruption, à la santé, à l'environnement et aux droits de l'homme, entre autres. En outre, les accords futurs permettront de réglementer l'économie numérique (chapitre 6), ce qui pourrait avoir une incidence sur le modèle économique de certaines entreprises. Ces tensions soulignent la nécessité pour les États hôtes de disposer d'un droit clair et fiable de réglementer, réaffirmant et préservant leur pouvoir de réglementation sans déclencher de responsabilité envers les investisseurs.

Conclusion et recommandations

L'évolution du régime d'investissement africain reflète l'importance toujours plus grande accordée au développement durable. Les différences d'approche entre les pays et les régions et entre les niveaux de réglementation nuisent à la lisibilité et la prévisibilité des règles relatives à l'investissement sur le continent. Ces différences peuvent augmenter les coûts de transaction pour les investisseurs et aggraver l'incertitude pour les États. Les règles relatives à l'investissement ne sont pas suffisamment alignées sur d'autres corpus de droit international, ce qui réduit leur capacité de promouvoir le développement durable.

Le protocole sur l'investissement de la ZLECAf, mettant à profit les initiatives d'intégration régionale existantes, sera une nouvelle étape de l'intégration régionale en matière d'investissement. L'objectif de ce protocole doit être de mettre en place un régime réglementaire solide et tourné vers l'avenir qui attire les investissements durables et crée des synergies entre les avantages privés et sociétaux. Pour simplifier l'enchevêtrement actuel des règles relatives à l'investissement, il doit clarifier les liens avec les autres protocoles de la ZLECAf, les accords d'investissement internationaux existants et d'autres types de droit international et de législation nationale.

Il faut garder à l'esprit le contexte juridique et politique international dans lequel s'inscrit l'intégration continentale. Les décideurs africains devraient mettre à profit leur vision commune de l'investissement durable et de la conduite responsable des investisseurs pour aborder les traités régionaux et bilatéraux avec les pays tiers. Les négociations relatives à la ZLECAf offrent aux décideurs politiques une chance unique de définir une politique d'investissement commune novatrice et, sur la base de cette plateforme commune, de participer à des débats mondiaux parallèles.

Derrière les détails techniques se profilent des choix stratégiques quant à la place du protocole sur l'investissement dans le kaléidoscope réglementaire. Les pays africains doivent définir une unité de vues sur la manière dont le protocole sur l'investissement est lié aux autres dimensions et niveaux des lois sur l'investissement et aux échéances de l'intégration régionale africaine. La ZLECAf incarne un projet ambitieux permettant de relier et à terme de libéraliser les marchés africains.

L'harmonisation des règles peut créer un cadre juridique solide, transparent et favorable pour réduire les coûts de transaction et attirer l'investissement. En revanche, les États pourraient avoir besoin d'un système de flexibilités pour mettre en œuvre des approches adaptées à leurs besoins sociaux, économiques, environnementaux et institutionnels locaux, qui sont des facteurs essentiels à la mise en place de conditions de concurrence équitables et fonctionnelles. Il convient de convenir d'un système commun de flexibilités pour maintenir la prévisibilité des règles, car les exceptions et les dérogations pourraient fragmenter le cadre juridique et vider de leur substance les ambitions continentales.

Les dispositions institutionnelles et le fondement juridique établis par le protocole sur l'investissement ont de l'importance. Une protection de l'investissement soigneusement conçue et garantie par des mécanismes de règlement des différends accessibles, rapides et fiables peut permettre de gérer les idées reçues sur le risque d'investissement qui perdurent sans mettre en péril la marge d'action. Le droit de l'investissement, qui énonce les obligations des investisseurs et les engagements des États en plus de la protection de l'investissement, peut renforcer d'autres types d'obligations internationales et créer des conditions dans lesquelles les engagements financiers débouchent sur des mesures concrètes en faveur du développement.

Les décideurs africains devraient miser sur le dialogue continental autour de la ZLECAf pour définir une vision commune de la promotion et de la facilitation qui pourrait être mise à profit dans les négociations mondiales. Ils doivent continuer de dissocier la facilitation de l'investissement et la protection de l'investissement afin d'éviter le renforcement des obligations envers les investisseurs³⁷⁷. Une approche africaine commune pourrait mettre l'accent sur les investissements responsables et durables, avec des obligations concomitantes pour les pays d'origine et les pays d'accueil³⁷⁸. En outre, d'autres mesures peuvent favoriser les flux d'investissement intra-africains, comme la normalisation de l'information et des supports promotionnels, l'organisation de réunions virtuelles pour le monde de l'entreprise, la collaboration entre les organismes régionaux de promotion des flux d'investissement entrants et sortants et la création d'une plateforme commune de promotion de l'investissement en ligne³⁷⁹. Les pays africains pourraient envisager de coopérer à la mise en place d'un guichet électronique unique pour attirer et gérer les flux d'investissement à mesure que l'intégration régionale et l'harmonisation des règles se développent.

La protection de l'investissement nécessite de trouver le juste équilibre. Certes, un régime continental de protection de l'investissement fort ou plus conservateur apporte un appui aux différends relatifs à l'investissement, mais il pourrait en résulter un accroissement des coûts pour les États. De plus, l'acceptation de l'ensemble du régime pourrait s'en trouver affaiblie. En revanche, un régime de protection faible ne parviendrait pas à rassurer les investisseurs prudents, qui pourraient restructurer leurs investissements pour tirer parti d'autres accords, essayer de négocier chaque contrat (éventuellement en vertu d'un droit étranger), rechercher une assurance-investissement ou simplement trouver des débouchés commerciaux ailleurs.

En outre, si les efforts visant à réformer la protection de l'investissement au sein du Groupe de travail III de la CNUDCI, et dans une certaine mesure les efforts déployés par le CIRDI, portent leurs fruits, ils détermineront le cadre juridique de l'investissement à l'échelle mondiale dans lequel s'inscrira la ZLECAf. L'Afrique devrait donc se servir de son expérience et son savoir-faire uniques pour participer activement aux négociations et contribuer à la définition d'un cadre dont la pierre angulaire serait une approche plus équilibrée³⁸⁰. S'agissant des intérêts africains, la réunion régionale intersessions de la CNUDCI sur la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États, accueillie par la Guinée en septembre 2019 en collaboration avec l'Organisation internationale de la Francophonie, a été un événement important. Trente-trois délégations africaines ont procédé à un échange de vues sur les réformes dans le contexte des nouvelles initiatives sur le continent, notamment la ZLECAf³⁸¹.

Les obligations des investisseurs ne peuvent pas être déconnectées des autres éléments clés des accords d'investissement, et les États doivent créer les conditions nécessaires à leur respect³⁸², et les engagements de l'État, c'est-à-dire les obligations additionnelles que les États consentent à s'imposer, doivent être sans ambiguïté quant à leur contenu et à qui elles incombent. Les obligations des investisseurs et les engagements additionnels des États qui ont du mal à déboucher sur des mesures concrètes peuvent aggraver la perception du risque.

Un protocole sur l'investissement de la ZLECAf ambitieux, qui révolutionnerait le paysage de l'investissement en Afrique, serait probablement à l'origine de nouvelles exigences juridiques et institutionnelles pour les États africains. Le protocole ne doit cependant pas éclipser les institutions nationales. Ensemble, le protocole et les institutions peuvent renforcer des conditions d'investissement attrayantes, mais le dysfonctionnement de l'un compromettrait le fonctionnement de l'autre. Les lois et règlements nationaux sont essentiels pour attirer, retenir et accroître le capital social. En l'absence d'institutions nationales de mise en œuvre dotées des moyens d'agir, il est impossible de faciliter l'investissement transcontinental. La faiblesse ou l'imprévisibilité des politiques et des régimes de réglementation découragent l'investissement et augmentent les risques de différends avec les investisseurs. Pour donner aux pays le temps et la marge de manœuvre nécessaires pour se préparer, le protocole pourrait être mis en œuvre progressivement, comme c'est généralement le cas pour les accords commerciaux. L'apprentissage par les pairs, la collaboration, le renforcement des capacités et la participation des organismes régionaux doivent être encouragés pour que les pays puissent jeter les bases nécessaires de la future zone d'investissement commune africaine.

Des mécanismes transparents et participatifs doivent être mis en place pour favoriser l'harmonisation des règles et l'exécution d'un programme ambitieux et complet tenant compte des besoins de développement des pays africains. Ce programme devrait être fondé sur les besoins des populations, des entreprises et des autres parties prenantes sur le continent. En outre, une volonté politique forte et décisive est nécessaire. Si les négociations relatives au protocole sur l'investissement de la ZLECAf s'enlisent, certaines régions pourraient vouloir aller de l'avant en approfondissant l'intégration au niveau local, ce qui pourrait compliquer l'intégration continentale par la suite.

Bibliographie

- Abdel Wahab, M. S. 2019. "ICSID's Relevance for Africa: A Symbiotic Bond Beyond Time." *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 34 (2): 519–41.
- Acemoğlu, D., et J. A. Robinson. 2013. "Economics versus Politics: Pitfalls of Policy Advice." *Journal of Economic Perspectives* 27 (2): 173–192.
- Ahooja, K. 1964. "Investment Laws and Regulations in Africa." *The Journal of Modern African Studies* 2 (2): 300–303.
- Akinkugbe, O. D. 2019. "Reverse Contributors? African State Parties, ICSID and the Development of International Investment Law." *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 34 (2): 434–54.
- Alcolea, L. C. 2020. "The COVID-19 Crisis: Core Investment Law Issues Revisited." *Transnational Dispute Management* (forthcoming).
- Aleksandrovskaia, L., I. Matsenko et A. Schultz. 1976. "Experience and Problems of Nationalization in African Countries." *International Journal of Politics* 6 (4): 66–86.
- Alet, C. 2018. "L'arbitrage, une justice d'exception." *Alternatives économiques*, 4 September. <https://www.alternatives-economiques.fr/larbitrage-une-justice-dexception/00085813>.
- Alschner, W. 2020. "Correctness of Investment Awards: Why Wrong Decisions Don't Die." *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 18 (3): 345–68.
- Alschner, W., and D. Skougarevskiy. 2016. "Mapping the Universe of International Investment Agreements." *Journal of International Economic Law* 19 (3): 551–88.
- Alter, K. J., J. T. Gathii et L. R. Helfer. 2016. "Backlash against International Courts in West, East and Southern Africa: Causes and Consequences." *European Journal of International Law* 27 (2): 293–328.
- Álvarez Zárate, J. M., C. Baltag, D. Behn, J. Bonnitcha, A. De Luca, H. Hestermeyer, M. Langford, L. Mistelis, C. López Rodríguez, G. Schaffer and S. Weber. 2020. "Duration of Investor-State Dispute Settlement Proceedings." *Journal of World Investment and Trade* 21 (2–3): 300–35.
- Alvarez, G. M., B. Blasikiewicz, T. van Hoolwerff, K. Koutouzi, N. Lavranos, M. Mitsi, E. Spiteri-Gonzi, A. Verdegay Mena and P. Willinski. 2016. "A Response to the Criticism against ISDS by EFILA." *Journal of International Arbitration* 33 (1): 1–36.
- Alvik, I. 2020. "The Justification of Privilege in International Investment Law: Preferential Treatment of Foreign Investors as a Problem of Legitimacy." *European Journal of International Law* 31 (1): 289–312.
- Anseeuw, W., L. Alden Wily, L. Cotula and M. Taylor. 2012. *Land Rights and the Rush for Land: Findings of the Global Commercial Pressures on Land Research Project*. Rome: International Land Coalition.
- Anyanwu, J. C. 2006. "Promoting of Investment in Africa." *African Development Review* 18 (1): 42–71.
- Arato, J., C. Brown et F. Ortino. 2020. "Parsing and Managing Inconsistency in Investor-State Dispute Settlement." *Journal of World Investment and Trade* 21 (2–3): 336–73.
- Aréou, G. 2020. "The African States' Diverging Policies Towards International Arbitration." *Transnational Dispute Management* 17 (4).
- Arriagada Peters, C. 2020. "Investment Aftercare Matters." *Columbia FDI Perspectives* 276, Columbia Center on Sustainable Investment, Columbia University, New York.
- Atanasova, D. 2019. "Applicable Law Provisions in Investment Treaties: Forever Midnight Clauses?" *Journal of International Dispute Settlement* 10 (3): 396–422.

- Avayiwoe, G. 2019. "The Republic of Ghana and Bilateral Investment Treaties: A Burgeoning Expert?" *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 35 (2): 1–13.
- Baltag, C., et Y. Dautaj. 2020. "Investors, States, and Arbitrators in the Crosshairs of International Investment Law and Environmental Protection." *Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration* 3 (1): 1–77.
- Banque mondiale et WAIPA (World Association of Investment Promotion Agencies). 2020. *State of Investment Promotion Agencies: Evidence from WAIPA-WBG's Joint Global Survey*. Washington, DC: Banque mondiale et WAIPA
- Baruti, R. 2017. "Investment Facilitation in Regional Economic Integration in Africa: The Cases of COMESA, EAC and SADC." *Journal of World Investment and Trade* 18 (3): 1–37.
- Behn, D., et A. M. Daza. 2019. "The Defense Burden in Investment Arbitration?" PluriCourts Working Paper. Presented at the ISDS Academic Forum Workshop on Reforming International Investment Arbitration, Université d'Oslo, 1er et 2 février.
- Behn, D., et M. Langford. 2017. "Trumping the Environment? An Empirical Perspective on the Legitimacy of Investment Treaty Arbitration." *Journal of World Investment and Trade* 18 (1): 14–61.
- Behn, D., M. Langford and L. Létourneau-Tremblay. 2020. "Empirical Perspectives on Investment Arbitration: What Do We Know? Does It Matter?" *Journal of World Investment and Trade* 21 (2–3): 188–250.
- Behn, D., T. L. Berge and M. Langford. 2017–2018. "Poor States or Poor Governance: Explaining Outcomes in Investment Treaty Arbitration." *Northwestern Journal of International Law & Business* 38 (3): 333–89.
- Ben Hamida, W. 2013. "A Fabulous Discovery: The Arbitration Offer under the Organization of Islamic Cooperation Agreement Related to Investment." *Journal of International Arbitration* 30 (6): 637–64.
- Ben Hamida, W. 2019. "L'intégration imparfaite de l'arbitrage d'investissement dans le droit de l'OHADA." *Revue de l'arbitrage* 4: 1109–1140.
- Bennadji, K. 2019. "The PCA's Assistance in the Constitution of an Arbitral Tribunal: Last Breath for Investor-State OIC Arbitrations?" *Kluwer Arbitration Blog*, 15 April. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/04/15/the-pcas-assistance-in-the-constitution-of-an-arbitral-tribunal-last-breath-for-investor-state-oic-arbitrations/?doing_wp_cron=1596401089.2176539897918701171875#comments.
- Berge, T. L. et Ø. Stiansen. 2016. "Negotiating BITs with Models. The Power of Expertise." PluriCourts Research Paper 16-13, Université d'Oslo.
- Berger, A., Dadkhah, A. et Z. Olekseyuk. 2020. "Quantifying Investment Facilitation at Country Level: Introducing a New Index." Discussion Paper, DIE (Deutsches Institut für Entwicklungspolitik), Bonn, Germany.
- Berger, A., et S. Gsell. 2019. "How Can an International Framework for Investment Facilitation Contribute to Sustainable Development?" Briefing Paper 15/2019, German Development Institute, Bonn, Germany.
- Berger, T. L., et T. St John. 2020. "Asymmetric Diffusion: World Bank 'Best Practice' and the Spread of Arbitration in National Investment Laws." *Review of International Political Economy* (forthcoming).
- Bermann, A., J. N. Calamita, M. Chi and K. P. Sauvart. 2020. "Insulating a WTO Investment Facilitation Framework from ISDS." *Columbia FDI Perspectives* 286. Columbia Center on Sustainable Investment, Columbia University, New York.
- Bernardini, G. 2017. "Reforming Investor-State Dispute Settlement: The Need to Balance Both Parties' Interests." *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 32 (1): 38–57.

- Bernasconi-Osterwalder, N. 2019. "Inclusion of Investor Obligations and Corporate Accountability Provisions in Investment Agreements." In J. Chaisse, L. Choukroune and J. Sufian (Eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy*. Singapore: Springer.
- Bernasconi-Osterwalder, N., C. Dommen, M. Abebe, H. Mann and J. Zhang. 2018. "Harnessing Investment for Sustainable Development: Inclusion of Investor Obligations and Corporate Accountability Provisions in Trade and Investment Agreements." Document de référence pour la réunion d'experts organisée conjointement par l'Institut international du développement durable et la Friedrich Ebert Stiftung, Versoix (Suisse), 11 et 12 janvier.
- Bernasconi-Osterwalder, N., L. Johnson and F. Marshall. 2010. *Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the Dual Role of Arbitrator and Counsel*. IISD: Winnipeg, MB.
- Bjorklund, A. K., D. Behn, S. D. Franck, C. Giorgetti, W. Kidane, A. de Nanteuil and E. Onyema. 2020. "The Diversity Deficit in International Investment Arbitration." *Journal of World Investment and Trade* 21 (2-3): 410-40.
- Bonnitcha, J., L. N. Skovgaard Poulsen and M. Waibel. 2017. *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Botchway, F. N. 2019. "Consent to Arbitration: African States' Practice." *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 34 (2): 278-95.
- Bottini, G., C. Titi, F. P. Aznar, J. Chaisse, M. Jovanovic and O. Puigdemont Sola. 2020. Excessive Costs and Recoverability of Costs Awards in Investment Arbitration. *Journal of World Investment and Trade* 21 (2-3): 251-99.
- Boyle, A. 2012. "Human Rights and the Environment: Where Next?" *European Journal of International Law* 23 (3): 613-42.
- Branson, D. 2014. "Sympathetic Party-Appointed Arbitrators: Sophisticated Strangers and Governments Demand Them." *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 25 (2): 367-92.
- Burger, L. 2013. "The Trouble with Salini (Criticism of and Alternatives to the Famous Test)." *ASA Bulletin* 31 (3): 521-36.
- Castro de Figueiredo, R. 2019. "Celebrating 50 Years of the VCLT: Misapplying the General Rule of Treaty Interpretation—The Salini Test." *Kluwer Arbitration Blog*, 4 December. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/04/celebrating-50-years-of-the-vclt-misapplying-the-general-rule-of-treaty-interpretation-the-salini-test/?doing_wp_cron=1596400331.6671009063720703125000.
- CCI (Chambre de commerce internationale). 2017. ICC Open Markets Index. Paris: CCI.
- CE (Commission européenne). n. d. "SOLVIT: Solutions to Problems with your EU Rights." https://ec.europa.eu/solvit/index_en.html.
- CEA (Commission économique pour l'Afrique). 2014. Guiding Principles on Large Scale Land Based Investments in Africa. Addis-Abeba: CEA.
- CEA (Commission économique pour l'Afrique). 2016a. Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique. Addis-Abeba: CEA.
- CEA (Commission économique pour l'Afrique). 2016 b. Transformative Industrial Policy for Africa. Addis-Abeba: CEA.
- CEA (Commission économique pour l'Afrique). 2018a. Base Erosion and Profit Shifting in Africa: Reforms to Facilitate Improved Taxation of Multinational Enterprises. Addis-Abeba: CEA.
- CEA (Commission économique pour l'Afrique). 2018 b. Report of the Regional Conference on Corruption and the Challenge of Economic Transformation in Southern Africa. Gaborone, Botswana, 18 -20 June. Addis-Abeba: CEA.

- CEA (Commission économique pour l'Afrique). 2019a. État de l'intégration régionale en Afrique IX (ARIA IX): prochaines étapes pour la zone de libre-échange continentale africaine) Addis-Abeba: CEA.
- CEA (Commission économique pour l'Afrique). 2019 b. Rapport économique sur l'Afrique 2019: la politique budgétaire au service du financement du développement durable en Afrique. Addis-Abeba: CEA.
- CEA (Commission économique pour l'Afrique). 2019 c. Règlementation financière et croissance inclusive en Afrique. Addis-Abeba: CEA.
- CEA (Commission économique pour l'Afrique). 2020a. Facteurs susceptibles de stimuler les flux d'investissement intra-africains en vue de la transformation en Afrique. Addis-Abeba: CEA.
- CEA (Commission économique pour l'Afrique). 2020 b. Les liens entre les conventions de double imposition et les traités bilatéraux relatifs aux investissements. Addis-Abeba: CEA.
- Ceesay, B. 2020. "The Effectiveness of the Harmonization Tool Adopted under the OHADA Regime." Document de travail non publié.
- Chaisse, J. 2015. "The Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Access to Investment Treaties and Arbitration." *Hastings Business Law Journal* 11 (2): 225–306.
- Chidede, T. 2019a. "South Africa's Submission on UNCITRAL ISDS Reforms: Comments and Implications." *tralacBlog*, 16 October. <https://www.tralac.org/blog/article/14276-south-africa-s-submission-on-uncitral-isds-reforms-comments-and-implications.html>.
- Chidede, T. 2019b. "The Right to Regulate in Africa's International Investment Law Regime." *Oregon Review of International Law* 20 (2): 437–68.
- Choudhury, B. 2020. "Investor Obligations for Human Rights." *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* (forthcoming paraître).
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 1995. Investissements étrangers directs en Afrique. Genève et New York: CNUCED.
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 1999. Foreign Direct Investment in Africa: Performance and Potential. Genève et New York: CNUCED.
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 2007. "Aftercare : A Core Function in Investment Promotion." Services consultatifs pour l'investissement, Series A, No. 1. Genève et New York: CNUCED.
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 2008. "Investment Promotion Agencies as Policy Advocates." Services consultatifs pour l'investissement, Series A, No. 2. Genève et New York: CNUCED.
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 2012. Expropriation: A Sequel. Genève et New York: CNUCED.
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 2013a. "Investment Promotion in an Era of GVCs: Maximizing Impact through Business Linkages." *The Investment Promotion Agency Observer* 2. Genève: CNUCED.
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 2013b. "Optimizing Government Services: A Case for Joint Investment and Trade Promotion?" *The Investment Promotion Agency Observer* 1. Genève: CNUCED.
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 2014a. Rapport 2014 sur le développement économique en Afrique: catalyser l'investissement pour une croissance transformatrice en Afrique. Genève: CNUCED.

- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 2014 b. "Skills and Foreign Direct Investment Promotion: What Can an Investment Promotion Agency Do?" The Investment Promotion Agency Observer 3. Genève: CNUCED.
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 2015. "Outward Investment Agencies: Partners in Promoting Sustainable Development." The Investment Promotion Agency Observer 4. Genève: CNUCED.
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 2016. Menu d'action globale pour la facilitation des investissements. Genève: CNUCED.
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 2017. "Investment Facilitation: The Perfect Match for Investment Promotion." The Investment Promotion Agency Observer 6. Genève: CNUCED.
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 2018a. "L'Afrique du Sud, Bahreïn, l'Inde et le Lesotho sont les lauréats du prix pour la promotion de l'investissement" Communiqué de presse 22 octobre. <https://unctad.org/fr/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=1889>.
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 2018 b. "Promouvoir l'investissement dans les objectifs de développement durable." Services consultatifs pour l'investissement, Series A, No. 8. Genève: CNUCED.
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 2018 c. Programme de réforme du régime international d'investissement de la CNUCED (édition 2018). Genève: CNUCED.
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 2018 d. Rapport sur l'investissement dans le monde 2018: l'investissement et les nouvelles politiques industrielles. Genève: CNUCED.
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 2019. "Taking Stock of IIA Reform: Recent Developments." IIA Issue Notes: International Investment Agreements 3. Genève: CNUCED.
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 2020a. Rapport 2020 sur le développement économique en Afrique: les flux financiers illicites et le développement durable en Afrique. Genève: CNUCED.
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 2020 b. Plateforme des politiques d'investissement. <https://investmentpolicy.unctad.org/>. Consulté le 17 février 2021.
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 2020 c. "Investment Policy Responses to the COVID-19 Pandemic." Investment Policy Monitor Numéro spécial 4. Genève: CNUCED.
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 2020 d. Post-COVID-19: Investment Promotion Agencies and the "New Normal." The Investment Promotion Agency Observer Numéro spécial 9. Genève: CNUCED.
- CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement). 2020e. Rapport sur l'investissement dans le monde 2020: La production internationale à l'issue de la pandémie. Genève: CNUCED.
- CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international). 2018. "Éventuelle réforme du système de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE): Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.149)." Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) Trente-sixième session, Vienne, 29 octobre-2 novembre.
- CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international). 2020. "État d'avancement des travaux: CNUDCI Groupe de travail III (présentation)." https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wgiii_status_of_work_as_of_20-july_2020_en.pdf.

- Coleman, J., B. Güven, L. Johnson et L. Sachs. 2018. "What Do We Mean by Investment Facilitation?" Columbia Center on Sustainable Development blog, 21 février. <http://ccsi.columbia.edu/2018/02/22/what-do-we-mean-by-investment-facilitation/>.
- CommsUpdate. 2012. "Licence of Madamobil to Be Revoked." *CommsUpdate*, 15 May. <https://www.commsupdate.com/articles/2012/05/15/licence-of-madamobil-to-be-revoked/>.
- Cotula, L. 2016. "Human Rights and Investor Obligations in Investor–State Arbitration." *Journal of World Investment and Trade* 17 (1): 148–57.
- Cotula, L. 2018. "Raising the Bar on Responsible Investment: What Role for Investment Treaties?" IIED Briefing March 2018, International Institute for Environment and Development, London.
- Cotula, L. 2020. Correspondance personnelle; conserve par l'auteur.
- Cotula, L., and J. T. Gathii. 2019. "Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited, and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya." *American Journal of International Law* 11 (3): 574–81.
- CUA (Commission de l'Union africaine) et ECA (Commission économique pour l'Afrique). 2013. Flux financiers illicites. Rapport du Groupe de haut niveau sur les flux financiers illicites en provenance d'Afrique. Addis-Abeba: CUA et CEA.
- Da Cruz, V. M. 2020. "Investing in Angola." *Thompson Reuters Practical Law*. <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-610-3705>. Consulté le 24 septembre 2020.
- De Brabendere, E. 2017. "Fair and Equitable Treatment and (Full) Protection and Security in African Investment Treaties Between Generality and Contextual Specificity." *Journal of World Economics and Trade* 18 (3): 530–55.
- De Oliveira, R. F. 2020. "The Useful Institution of an Investment Ombudsperson." Columbia FDI Perspectives 273, Columbia Center on Sustainable Investment, Columbia University, New York.
- Denters, E., et T. Gazzini. 2017. "The Role of African Regional Organizations in the Promotion and Protection of Foreign Investment." *Journal of World Investment and Trade* 18 (3): 449–92.
- Dimitropoulos, G. 2020. "The Conditions for Reform: A Typology of "Backlash" and Lessons for Reform in International Investment Law and Arbitration." *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 18 (3): 416–435.
- Dolzer, R. 2005. "The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law." *International Law and Politics* 37 (4): 953–72.
- Dolzer, R., et C. Schreuer. 2012. *Principles of International Investment Law*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Donaubauer, J., E. Neumayer and P. Nunnenkamp. 2018. "Winning or Losing in Investor-to-State Dispute Resolution: The Role of Arbitrator Bias and Experience." *Review of International Economics* 26 (4): 892–916.
- Douajni, G. F. 2020. "Recent Developments in OHADA Arbitration." *Global Arbitration Review*, 20 April. https://globalarbitrationreview.com/print_article/gar/chapter/1225815/recent-developments-in-ohada-arbitration.
- Douglas, Z. 2003. "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration." *British Yearbook of International Law* 74 (1): 151–289.
- Doward, J. 2020. "Global Firms Expected to Sue UK for Coronavirus Losses." *The Guardian*, 15 août. <https://www.theguardian.com/law/2020/aug/15/global-law-firms-expected-to-sue-uk-for-coronavirus-losses>.
- Duggal, K. A. N., and L. H. van de Ven. 2019. "The 2019 Netherlands Model BIT: Riding the New Investment Treaty Waves." *Arbitration International* 35 (3): 347–74.

- Dumberry, P., and G. Aubin. 2013. "How to Incorporate Human Rights Obligations in Bilateral Investment Treaties?" *Investment Treaty News*, 22 mars. <https://www.iisd.org/itn/2013/03/22/how-to-incorporate-human-rights-obligations-in-bilateral-investment-treaties>.
- Ebere, S. 2016. "The Phoenix of Multilateral Investment Treaties: The Agreement for the Promotion, Protection and Guarantee of Investments Among Member States of the Organisation of the Islamic Conference—What Impact on Sub-Saharan Africa?" *Transnational Dispute Management* 13 (4).
- Economist*. 2014. "The Arbitration Game: Governments Are Souring on Treaties to Protect Foreign Investors." *The Economist*, 14 October. <https://www.economist.com/finance-and-economics/2014/10/11/the-arbitration-game>.
- Egan, M., and M. H. Guimarães. 2017. "The Single Market: Trade Barriers and Trade Remedies." *Journal of Common Market Studies* 55 (2): 294–311.
- Ejims, O. 2019. "The 2016 Morocco–Nigeria Bilateral Investment Treaty: More Practical Reality in Providing a Balanced Investment Treaty?" *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 34 (1): 62–84.
- Ejims, O. 2020. Correspondance personnelle. En possession de l'auteur.
- El-Kady, H. 2014. "The Amendments to the 1980 Arab League Investment Agreement: Implications on the Right to Regulate Investment in Arab Countries." *Transnational Dispute Management* 11 (3).
- El-Kady, H. 2020. "The New Landmark African Investment Protocol: A Quantum Leap for African Investment Policy Making?" *Kluwer Arbitration Blog*, 24 September. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/09/24/the-new-landmark-african-investment-protocol-a-quantum-leap-for-african-investment-policy-making/>.
- El-Kady, H., and M. De Gama. 2019. "The Reform of the International Investment Regime: An African Perspective." *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 32 (2): 482–95.
- El-Kady, H., and Y. Rwananga. 2020. "Morocco's New Model BIT: Innovative Features and Policy Considerations." *Investment Treaty News*, 20 June. <https://cf.iisd.net/itn/2020/06/20/moroccos-new-model-bit-innovative-features-and-policy-considerations-hamed-el-kady-yvan-rwananga/>.
- Enaw, T. 2018. "The Enforcement of Arbitral Awards in Harmonized Legal Systems: Challenges in the Application of the OHADA Uniform Act on Arbitration." *Transnational Dispute Management* 15 (1).
- Escobar, A. A., and E. F. De Jesús. 2017. "PCA Imports UNCITRAL Arbitration Rules through MFN Clause to Designate an Appointing Authority in Arbitration under Different Rules." *Baker Botts*, 27 October. <https://www.bakerbotts.com/insights/publications/2017/10/arbitration>.
- EU (European Union). 2020. "Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union." *Official Journal of the European Union* L 169/1.
- Faure, M., and W. Ma. 2020. "Investor–State Arbitration: Economic and Empirical Perspectives." *Michigan Journal of International Law* 41 (1): 1–6.
- Fernández Masiá, E., and M. Salvadori. 2020. "Lo que se está discutiendo en la CNUDMI: evolución o revolución en el sistema de solución de controversias inversor-Estado (What Is Being Discussed in the UNCITRAL: Evolution or Revolution in the Investor–State Dispute Settlement System)." *Cuadernos de derecho internacional* 12 (1): 203–18.
- FMI (Fonds monétaire international). 2019. Rapport annuel sur les régimes et les restrictions de change 2018. Washington: FMI.
- Fouchard Papaefstratiou, A., and T. Shihoo. 2019. "Investors' Obligation to Comply with Domestic Law." *Transnational Dispute Management* 16 (4).
- Franck, S. D. 2005. "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions." *Fordham Law Review* 73 (4): 1521–1625.

- Franck, S. D., and L. E. Wyllie. 2015. "Predicting Outcomes in Investment Treaty Arbitration." *Duke Law Journal* 65 (3): 459–526.
- Francke, M. 2020. "Intervention at "What Can We Learn from Regional Initiatives on Investment Facilitation." Webinar, 5 octobre. Centre du commerce international et Institut allemand de développement.
- Galetta, D.-U. 2014. "Informal Information Processing in Dispute Resolution Networks: Informality versus the Protection of Individual's Rights?" *European Public Law* 20 (1): 71–88.
- Garcia, F. J. 2018. "Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System." *Boston College Law Review* 59 (8): 2911–34.
- Gáspár-Szilágyi, S. 2020. "Let Us Not Forget about the Role of Domestic Courts in Settling Investor–State Disputes." *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 18 (3): 389–415.
- Gaukrodger, D. 2014. "Investment Treaties and Shareholder Claims." OECD Working Papers on International Investment 2014/03, OECD Publishing, Paris.
- Gazzini, T. 2014. "Bilateral Investment Treaties and Sustainable Development." *Journal of World Investment and Trade* 15 (5–6): 929–63.
- Ghanaweb. 2020. "Ghana's New Investment Law Delayed until 2021." *Ghanaweb*, 15 mars. <https://www.ghanaweb.com/GhanaHomePage/business/Ghana-s-new-investment-law-delayed-until-2021-894805>.
- Gharavi, H. 2020. "Cocorico! French Approach to the OIC Treaty Gives Cause to Crow." *Derains & Gharavi International*, 21 février. <http://www.derainsgharavi.com/2020/01/cocorico-french-approach-to-the-oic-treaty-gives-cause-to-crow-2/>.
- Gouvernement de la République de Guinée. 2019. "Résumé de la Réunion régionale intersessions sur la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) présenté par le Gouvernement de la République de Guinée (A/CN.9/WG.III/WP.183)." Groupe de travail III de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), trente-huitième session, Vienne, 14-18 octobre.
- Grabowski, A. 2014. "The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini Defense of Salin." *Chicago Journal of International Law* 15 (1): 287–309.
- Güven, B., et L. Johnson. "2019. The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor–State Dispute Settlement." Working Paper, Columbia Centre on Sustainable Investment, Columbia University, New York.
- Haggard, S., A. MacIntyre and L. Tiede. 2008. "The Rule of Law and Economic Development." *Annual Review of Political Science* 11: 205–34.
- Hamdani, K., Y. Kagan, K. P. Sauvart and M. Stephenson. 2020. *An Inventory of Concrete Measures to Facilitate the Flow of Sustainable FDI: What? Why? How?* Centre du commerce international et Institut allemand de développement.
- Hanessian, G., et K. Duggal. 2015. "The 2015 Indian Model BIT: Is This Change the World Wishes to See?" *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 30 (3): 729–40.
- Happold, M. 2018. "The ECOWAS Court of Justice as an Investment Tribunal." *African Law and Business*, 14 December. <https://iclg.com/alb/8888-the-ecowas-court-of-justice-as-an-investment-tribunal>.
- Happold, M., et R. Radović. 2018. "The ECOWAS Court of Justice as an Investment Tribunal." *Journal of World Investment and Trade* 19 (1): 95–117.
- Harding, T., et B. S. Javorcik. 2012. "Foreign Direct Investment and Export Upgrading." *Review of Economics and Statistics* 94 (4): 964–980.

- Harding, T., et B. S. Javorcik. 2013. "Investment Promotion and FDI Inflows: Quality Matters." *CESifo Economic Studies* 59: 337–359.
- Harrison, J. 2019. "Significant International Environmental Law Cases: 2018–19." *Journal of Environmental Law* 31 (3): 547–57.
- Hasaan, A. A. 2019. "The 2013 Amendments to the Arab Investment Agreement." *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 34 (1): 107–35.
- Hees, F., and P. Mendonça Cavalcante. 2017. "Focusing on Investment Facilitation: Is It That Difficult?" *Columbia FDI Perspectives* 202, Columbia Center on Sustainable Investment, Columbia University, New York.
- Hees, F., H. C. Moraes and P. Mendonça Cavalcante. 2018. "Investment Facilitation: Leaving the Past behind." *Columbia FDI Perspectives* 240, Columbia Center on Sustainable Investment, Columbia University, New York.
- Hepburn, J. 2017. *Domestic Law in International Investment Arbitration*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- ICCA (Conseil international pour l'arbitrage commercial), et Université Queen Mary de Londres. 2018. Report of the ICCA–Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration. ICCA et Université Queen Mary de Londres.
- Ishikawa, T. 2019. "Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration." *American Journal of International Law Unbound* 113: 33–37.
- Kabra, R. 2019. "Return of the Inconsistent Application of the 'Essential Security Interest' Clause in Investment Treaty Arbitration: CC/Devas v. India and Deutsche Telekom v. India." *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 34 (3): 723–53.
- Kahale III, G. 2012. "Is Investor–State Arbitration Broken?" *Transnational Dispute Management* 9 (7).
- Kanth, D. R. 2017. "Large Majority of South Nations Opposed to "Investment Facilitation." *Third World Network*, 14 April. <https://www.twn.my/title2/wto.info/2017/ti170406.htm>.
- Kelsey, J., D. Schneiderman and G. Van Harten. 2019. "Phase 2 of the UNCITRAL ISDS Review: Why 'Other Matters' Really Matter." Osgoode Legal Studies Research Paper 328, Osgoode Hall Law School, York University, Toronto, ON. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3329332>.
- Khattar, M. 2019. "Recent Investor–State Arbitration Trends in the Middle East: #YoungITATalks in Dubai." *Kluwer Arbitration Blog*, 20 January. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/20/recent-investor-state-arbitration-trends-in-the-middle-east-youngitatalks-in-dubai/?doing_wp_cron=1587131011.7179510593414306640625.
- Kidane, W. L. 2017. *The Culture of International Arbitration*. New York: Oxford University Press.
- Kidane, W. L. 2018. "Contemporary Trends in International Investment Law and Africa's Dilemmas in the Pan-African Investment." *The George Washington International Law Review* 50 (3): 523–79.
- Kokolia, E. 2018. "Strengthening the Single Market through Informal Dispute-resolution Mechanisms in the EU: The Case of SOLVIT." *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 25 (1): 108–17.
- Krajewski, M. 2020. "A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application." *Business and Human Rights Journal* 5 (1): 105–29.
- Kurtz, J. 2014. "Building Legitimacy Through Interpretation in Investor–State Arbitration: On Consistency, Coherence and the Identification of Applicable Law." Legal Studies Research Paper 670, University of Melbourne, Melbourne (Australie).
- Langford, M., D. Behn and R. Lie. 2017. "The Ethics and Empirics of Double Hatting." *ESIL Reflections* 6 (7).

- Langford, M., M. Potestà, G. Kaufmann-Kohler and D. Behn. 2020. "Special Issue: UNCITRAL and Investment Arbitration Reform: Matching Concerns and Solutions." *Journal of World Investment and Trade* 21 (2-3): 167-87.
- Lavroff, D. G. 1969. "Le Régime Juridique des Investissements Etrangers dans les Etats d'Afrique Noire." *Africa Spectrum* 4 (3): 64-73.
- Leikin, E., S. Gadodia and C. Loudon. 2018. "The State Doesn't Strike Back After All: India's Final Model BIT Takes the Bite out of Investor Obligations and Eliminates State Counterclaims." *Transnational Dispute Management* 15 (2).
- Malik, M. 2011. "The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet Another Challenge for States in Investment Treaty Arbitration?" IISD Best Practice Series, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, MB.
- Mann, H., and M. D. Brauch. 2019. "Investment Facilitation for Sustainable Development: Getting It Right for Developing Countries." *Columbia FDI Perspectives* 259, Columbia Center on Sustainable Investment, Columbia University, New York.
- Mbengue, M. M. 2012. "Consent to Arbitration through National Investment Legislation." *Investment Treaty News*, 27 juillet. <https://www.iisd.org/itn/en/2012/07/19/consent-to-arbitration-through-national-investment-legislation/>.
- Mbengue, M. M. 2016. "The Quest for a Pan-African Investment Code to Promote Sustainable Development." *Tralac*, 21 June. <https://www.tralac.org/news/article/9927-the-quest-for-a-pan-african-investment-code-to-promote-sustainable-development.html>.
- Mbengue, M. M. 2017. "Special Issue: Africa and the Reform of the International Investment Regime." *Journal of World Investment and Trade* 18 (3): 371-78.
- Mbengue, M. M. 2019. "Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law." *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 34 (2): 1-27.
- Mbengue, M. M. 2020. "Intervention at 'What Can We Learn from Regional Initiatives on Investment Facilitation.'" Webinar, 5 October. International Trade Centre and German Development Institute.
- Mbengue, M. M., and S. Schacherer. 2017. "The 'Africanization' of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime." *Journal of World Investment and Trade* 18 (3): 414-48.
- Mo Ibrahim Foundation. 2018. *Agendas 2063 & 2030: Is Africa on Track? African Governance Report*. London: Mo Ibrahim Foundation.
- Moehlecke, C. "The Chilling Effect of International Investment Disputes: Limited Challenges to State Sovereignty." *International Studies Quarterly* 64 (1): 1-12.
- Monebhurrin, N. 2017. "Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model." *Journal of International Dispute Settlement* 8 (1): 79-100.
- Morosini, F., N. Perrone et M. R. Sanchez-Badin. 2019. "Strengthening Multi-stakeholder Cooperation in the International Investment Regime: The Brazilian Model." *Columbia FDI Perspectives* 263, Columbia Center on Sustainable Investment, Columbia University, New York.
- Mouawad, C., et L. Khoury. 2016. "Investment Arbitration under Multilateral Treaties in the Middle East." *Bahrain Chamber for Dispute Resolution International Arbitration Review* 3 (2): 243-265.
- Moussly, O. 2019. "Same Concept, Different Interpretation: The Full Protection and Security Standard in Practice." *Kluwer Arbitration Blog*, 27 octobre. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/10/27/same-concept-different-interpretation-the-full-protection-and-security-standard-in-practice/?doing_wp_cron=1596115393.0367789268493652343750.

- Ndulo, M. B., et A. B. Chase. 2020. *International Law and Foreign Direct Investment*. Durham, UK: Carolina Academic Press.
- Ngobeni, L., et B. Fagbayibo. 2010. "The Investor–State Dispute Resolution Forum under the SADC Protocol on Finance and Investment: Challenges and Opportunities for Effective Harmonisation." *Law, Democracy and Development* 19: 175–92.
- Nichols, S. 2018. "Expanding Property Rights under Investor–State Dispute Settlement (ISDS): Class Struggle in the Era of Transnational Capital." *Review of International Political Economy* 25 (2): 243–69.
- Novik, A., et A. Crombrugghe. 2018. "Towards an International Framework for Investment Facilitation." OECD Investment Insights, Organisation de coopération et de développement économiques, Paris.
- Nunnenkamp, P. 2017. "Investor–State Dispute Settlement: Are Arbitrators Biased in Favour of Claimants?" Kiel Policy Brief 105, Kiel Institute for the World Economy, Kiel, (Allemagne).
- OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques). 2004. « L'« expropriation indirecte » et le "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement. » Documents de travail sur l'investissement international 2004/4, OCDE, Paris.
- Ofofode, U. E. 2014. "Managing Foreign Investment in Agricultural Land in Africa: The Role of Bilateral Investment Treaties and International Investment Contracts." *Law and Development Review* 7 (2): 329–67.
- Ofofode, U. E. 2019. "African States, Investor–State Arbitration and the ICSID Dispute Resolution System: Continuities, Changes and Challenges." *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 34 (2): 296–364.
- Oluonye, C. O. P. 2020. Correspondance personnelle. En possession de l'auteur.
- OMC (Organisation mondiale du commerce). 2017. "Déclaration ministérielle conjointe sur la facilitation de l'investissement (WT/MIN (17)/59)." Genève: OMC
- Ortino, F. 2012. "Legal Reasoning of International Investment Tribunals: A Typology of Egregious Failures." *Journal of International Dispute Settlement* 3 (1): 31–52.
- Ortino, F. 2018. "The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard: How Far Have We Come?" *Journal of International Economic Law* 21 (4): 845–65.
- Páez, L. 2017. "Bilateral Investment Treaties and Regional Investment Regulation in Africa: Towards a Continental Investment Area?" *The Journal of World Investment and Trade* 18 (3): 379–413.
- Pauwelyn, J. 2015. "The Rule of Law Without the Rule of Lawyers? Why Investment Arbitrators Are from Mars, Trade Adjudicators from Venus." *American Journal of International Law* 109 (4): 761–805.
- Pelc, K. 2017. "What Explains the Low Success Rate of Investor–State Disputes?" *International Organization* 71 (3): 559–83.
- Perrone, N. M. 2019. "The "Invisible" Local Communities: Foreign Investor Obligations, Inclusiveness, and the International Investment Regime." *American Journal of International Law Unbound* 113: 16–21.
- Perry, S. 2017. "PCA Ends Standoff over Islamic Treaty Claim." *Global Arbitration Review*, 3 avril. <https://globalarbitrationreview.com/article/1138857/pca-ends-standoff-over-islamic-treaty-claim>.
- Perry, S. 2020. "Egyptian Court Hears Billion-dollar BIT Claim." *Global Arbitration Review*, 20 juillet. <https://globalarbitrationreview.com/article/1229079/egyptian-court-hears-billion-dollar-bit-claim>.
- PNUE (Programme des Nations Unies pour l'environnement) et IISD (Institut international du développement durable). 2016. A Sustainability Toolkit for Trade Negotiators: 5.3.1 Investor Obligations. <https://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/5-investment-provisions/5-3-investor-and-home-state-obligations/5-3-1-investor-obligations>.

- Pohl, J. 2018. "Societal Benefits and Costs of International Investment Agreements: A Critical Review of Aspects and Available Empirical Evidence." OECD Working Papers on International Investment 2018/01, Organization for Economic Co-operation and Development, Paris.
- Polanco Lazo, R. 2018. *Facilitation 2.0 : Investment and Trade in the Digital Age*. Genève: Centre international de commerce et de développement durable et Banque interaméricaine de développement.
- Puig, S., and A. Strezhnev. 2016. "Affiliation Bias in Arbitration: An Experimental Approach." Arizona Legal Studies Discussion Paper 16-31, University of Arizona, James E. Rodgers College of Law, Tucson, AZ.
- Rajput, A. 2016. "India's Shifting Treaty Practice: A Comparative Analysis of the 2003 and 2015 Model BITs." *Jindal Global Law Review* 7 (2): 201–26.
- Ramos Codeço, R., and H. Martins Sachetim. 2020. "ICSID Rule Amendment: An Attempt to Remedy Some of the Concerns Regarding ISDS Identified by UNCITRAL WG III." *Investment Treaty News*, 2 October. <https://cf.iisd.net/itn/2019/10/02/icsid-rule-amendment-an-attempt-to-remedy-some-of-the-concerns-regarding-isds-identified-by-uncitral-wg-iii-rafael-ramos-codeco-henrique-martins-sachetim/>.
- Rao, W. 2019. "Development Status and Decision-making in Investment Treaty Arbitration." *International Review of Law and Economics* 59: 1–12.
- Rempel, R. 2008. "Periodizing African Development History." *African Economic History* 36: 125–58.
- Rivas, J. A., et J. Choi. 2015. "Three Recent Decisions Further Shaping Investment Treaty Case Law on Counterclaims: Part II." *Kluwer Arbitration Blog*, 14 octobre. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/10/14/three-recent-decisions-further-shaping-investment-treaty-case-law-on-counterclaims-part-ii/?doing_wp_cron=1596401071.0743629932403564453125.
- Roberts, A., et T. St John. 2019a. "UNCITRAL and ISDS Reform: Visualising a Flexible Framework." *EJIL:Talk!*, 24 octobre. <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reform-visualising-a-flexible-framework/>.
- Roberts, A., et T. St John. 2019b. "UNCITRAL and ISDS Reforms: Agenda-Widening and Paradigm-Shifting." *EJIL:Talk!*, 20 septembre. <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-agenda-widening-and-paradigm-shifting/>.
- Rodríguez-Pose, A., et G. Colls. 2017. "The Determinants of Foreign Direct Investment in Sub-Saharan Africa: What Role for Governance?" *Regional Science Policy and Practice* 9 (2): 63–82.
- Rood, L. L. 1976. "Nationalisation and Indigenisation in Africa." *The Journal of Modern African Studies* 14 (3): 427–47.
- Salacuse, J. W. 2013. *The Three Laws of International Investment*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Santacroce, F. G. 2019. "The Applicability of Human Rights Law in International Investment Disputes." *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 34 (1): 136–55.
- Santosuosso, T., et R. Scarlett. 2019. "Third-Party Funding in Investment Arbitration: Misappropriation of Access to Justice Rhetoric by Global Speculative Finance." *Boston College Law Review* 60 (9): 8–16.
- Sasson, M. 2017. *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*. Alphen aan den Rijn, Netherlands: Kluwer Law International.
- Sattorova, M. 2019. "Investor Responsibilities from a Host State Perspective: Qualitative Data and Proposals for Treaty Reform." *American Journal of International Law Unbound* 113: 22–27.
- Sauvant, K. P. 2020. "The Potential Value-added of a Multilateral Framework on Investment Facilitation for Development." *Transnational Dispute Management* 17 (2).

- Sauvant, K. P., A. Berger, A. Ghouri, T. Ishikawa and M. Stephenson. 2019. "Towards G20 Guiding Principles on Investment Facilitation for Sustainable Development." Policy Brief prepared for the Japanese Presidency of G20. *G20 Insights*, 7 May. https://www.g20-insights.org/policy_briefs/towards-g20-guiding-principles-on-investment-facilitation-for-sustainable-development/.
- Schill, S. W. 2017a. "Editorial: The New (African) Regionalism in International Investment Law." *Journal of World Investment and Trade* 18 (3): 367–369.
- Schill, S. W. 2017b. "Reforming Investor–State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework." *Journal of International Economic Law* 20 (3): 649–72.
- Schill, S. W., et G. Vidigal. 2020. "Designing Investment Dispute Settlement à la Carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis." *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 18 (3): 314–44.
- Schill, S. W., et V. Djanic. 2017. "Wherefore Art Thou? Towards a Public Interest-Based Justification of International Investment Law." *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 33 (1): 29–55.
- Schreuer, C. 1996. "Commentary on the ICSID Convention." *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 11 (2): 318–492.
- Schreuer, C. 2010. "Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law." In A. W. Rovine (Ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2010*, 71–94. Leiden, Netherlands: Koninklijke Brill.
- Schreuer, C. 2012. "The Protection of Investments in Armed Conflicts." *Transnational Dispute Management* 9 (3).
- Schwebel, S. M. 2015. "In Defense of Bilateral Investment Treaties." *Arbitration International* 32 (2): 181–92.
- Singh, K. 2018. "Investment Facilitation: Another Fad in the Offing?" *Columbia FDI Perspectives* 232, Columbia Center on Sustainable Investment, Columbia University, New York.
- Soopramanien, R. D., and S. O. Soopramanien. 2016. "Spotlight on Africa: Problems of Legitimacy and Inclusivity in International Arbitration." *Transnational Dispute Management* 13 (4).
- Sornarajah, M. 2017. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Spears, S. 2010. "The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements." *Journal of International Economic Law* 13 (4): 1037–75.
- Stephan, P. B. 2014. "International Investment Law and Municipal Law: Substitutes or Complements?" *Capital Markets Law Journal* 9 (4): 354–72.
- Sweet, A. S., M. Y. Chung and A. Saltzman. 2017. "Arbitral Lawmaking and State Power: An Empirical Analysis of Investor–State Arbitration." *Journal of International Dispute Settlement* 8 (4): 579–609.
- Thakur, T. 2020. "Reforming the Investor–State Dispute Settlement Mechanism and the Host State's Right to Regulate: A Critical Assessment." *Indian Journal of International Law* (paraître).
- Tienhaara, K. 2006. "What You Don't Know Can Hurt You: Investor–State Disputes and the Protection of the Environment in Developing Countries." *Global Environmental Politics* 6 (4).
- Tienhaara, K. 2018. "Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor–State Dispute Settlement." *Transnational Environmental Law* 7 (2): 229–50.
- Titi, C. 2018. *The Evolution of Substantive Investment Protections in Recent Trade and Investment Treaties*. Genève: Centre international de commerce et de développement durable et Banque interaméricaine de développement.

- UA (Union africaine). 2018. "Combined Comments on Working Group 1." https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/state-input/African%20Union_CombinedComments_12.28.18.pdf.
- UE (Union européenne). 2020. "Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États Membres de l'Union européenne." *Journal officiel de l'Union européenne* L 169/1.
- Van Harten, G. 2018. "Leaders in the Expansive and Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Descriptive Study of ISDS Awards to 2010." *European Journal of International Law* 29 (2): 504–49.
- Van Harten, G., et M. Loughlin. 2006. "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law." *The European Journal of International Law* 17 (1): 121–50.
- Volpe Martincus, C., J. Carballo, I. Marra de Artiñano. and J. Blyde. 2020. "How Effective is Investment Promotion? Firm-level Evidence." Discussion Paper IDB-DP-00741, Inter-American Development Bank, Washington, DC.
- Volterra Fietta. 2017. "PCA Designates Appointing Authority in an Investment Case against Libya under the Organisation of Islamic Cooperation Investment Agreement." *Volterra Fietta*. <https://www.voltterafietta.com/pca-designates-appointing-authority-in-an-investment-case-against-libya-under-the-organisation-of-islamic-cooperation-investment-agreement/>.
- Voon, T., et A. D. Mitchell. 2016. "Denunciation, Termination and Survival: The Interplay of Treaty Law and International Investment Law." *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 31 (2): 413–33.
- WAIPA (World Association of Investment Promotion Agencies). 2019. *Overview of Investment Promotion: Report of the findings from the WAIPA Annual Survey of 2018*. Genève: WAIPA.
- WAIPA (World Association of Investment Promotion Agencies). 2020. *The Impact of COVID-19 from the Perspective of IPAs*. Genève: WAIPA.
- Wehland, H. 2019. "Domestic Courts and Investment Treaty Tribunals: The Effect of Local Recourse against Administrative Measures on the Breach of Investment Protection Standards." *Journal of International Arbitration* 36 (2): 207–29.
- Wells, L. T., et A. G. Wint. 2000. *Marketing a Country: Promotion as a Tool for Attracting Foreign Investment*. Washington, DC: World Bank.
- WJP (World Justice Project). 2020. *WJP Rule of Law Index*. Washington, DC: World Justice Project. <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>.
- Yimer, B., N. Cisneros, L. Bisiani et R. Donde. 2011. "Application of International Agreements by Domestic Courts." Trade Law Clinic E780, Graduate Institute, Genève.
- Zarra, G. 2018. "The Issue of Incoherence in Investment Arbitration: Is There Need for a Systemic Reform?" *Chinese Journal of International Law* 17 (1): 137–85.
- Zugliani, N. 2019. "Human Rights in International Investment Law: The 2016 Morocco–Nigeria Bilateral Investment Treaty." *International & Comparative Law Quarterly* 68 (3): 761–70.
- Živković, V. 2019. "Fair and Equitable Treatment between the International and National Rule of Law." *Journal of World Investment and Trade* 20 (4): 513–52.

Notes de fin de page

- 186 Anyanwu, 2006.
187 Polanco Lazo, 2018 ; Sauvant, 2020.
188 ECA, 2016a.
189 Mbengue, 2016.
190 Mbengue, 2016.
191 CEA, 2020^a; Alvik, 2020.
192 Les experts des États membres de l'Union africaine ont recommandé, dans leur rapport sur leur réunion de novembre 2016 consacrée à l'examen du Code panafricain des investissements (PAIC) et du Centre d'excellence pour des marchés inclusifs africains (AIMEC), que le PAIC soit utilisé comme un « document-cadre de référence dans la négociation relative au chapitre sur l'investissement de l'Accord. »
193 Mbengue et Schacherer, 2017; Kidane, 2018.
194 Mbengue, 2019.
195 CEA, 2019a.
196 Les experts des États membres de l'Union africaine ont recommandé, dans leur rapport sur leur réunion de novembre 2016 consacrée à l'examen du Code panafricain des investissements (PAIC) et du Centre d'excellence pour des marchés inclusifs africains (AIMEC), que le PAIC soit utilisé comme un « document-cadre de référence dans la négociation relative au chapitre sur l'investissement de l'Accord. ». Le PAIC a été adopté par les États membres de l'Union africaine en 2017 comme un instrument d'orientation non contraignant (Mbengue et Schacherer, 2017; Kidane, 2018)
197 Páez, 2017; El-Kady, 2020.
198 Franck, 2005; Kahale III, 2012; Kurtz, 2014.
199 CEA, 2016b.
200 UE, 2020.
201 L'Accord portant création de la ZLECAf permet de maintenir un niveau approfondi d'intégration dans les différentes CER jusqu'à ce que l'Accord atteigne un niveau d'intégration suffisamment élevé pour remplacer l'objectif de la CER en ce qui concerne les compétences particulières visées par l'Accord. En application des dispositions de l'Article 19 1), « 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. » et de l'article 19 2) « Non-obstant 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. ». Il convient également de noter les objectifs généraux du traité, énoncés à l'article 3, qui sont, entre autres, les suivants : « d) .. poser les bases de la création d'une union douanière continentale à un stade ultérieur; » et « h) résoudre les défis de l'appartenance à une multitude d'organisations qui se chevauchent, et accélérer les processus d'intégration régionale et continentale. »
202 Ejims, 2020.
203 Sauf indication contraire, les termes « droit interne », « droit national » et « droit municipal » seront utilisés indifféremment pour désigner le droit de l'État hôte.
204 CEA, 2019a.
205 Ce n'est pas l'approche suivie, par exemple, par l'Accord global d'investissement de l'ASEAN de 2013, le protocole relatif à la coopération et à la facilitation de l'investissement au sein du MERCOSUR de 2017, l'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique de 2018, l'Accord de partenariat transpacifique global et progressif de 2018 ou le Partenariat économique global régional de 2020 (pas entré en vigueur).
206 Gaukrodger, 2014.
207 Happold et Radović, 2018.
208 CEA, 2019a; El-Kady, 2020.
209 Voon et Mitchell, 2016.
210 Atanasova, 2019; Cotula et Gathii, 2019; Hepburn, 2017; Sasson, 2017.
211 Le Libéria a conclu trois traités bilatéraux d'investissement : avec l'Allemagne (1961), la Suisse (1979) et la France (1979).
212 Salacuse, 2013.
213 Dolzer et Schreuer, 2012.
214 Malik, 2011; Moussly, 2019.
215 De Brabandere, 2017; El-Kady et De Gama, 2019; see Avayiwoe (2019) for Ghana.
216 Ndulo et Chase, 2020; voir aussi Ejims, 2019; Zugliani, 2019. Le traité bilatéral d'investissement de 2016 entre le Nigéria et le Maroc n'est pas encore entré en vigueur. Alors que le Nigéria n'a pas conclu de traité similaire depuis, le Maroc a signé de nouveaux traités avec la République du Congo en 2018 et le Japon en 2020, qui ne reprennent pas nombre des caractéristiques innovantes du traité avec le Nigéria.
217 CEA, 2019a.
218 Voir Berge et Stiansen (2016) pour les accords d'investissement internationaux, mais leur argument s'applique également aux contrats.
219 CNUCED, 2014a, 2018c.
220 Ngobeni et Fagbayibo, 2010.
221 Sornarajah, 2017.
222 Salacuse, 2013.
223 Ahooja, 1964.
224 Kidane, 2017.
225 Abdel Wahab, 2019.
226 Ahooja, 1964; Lavroff, 1969.
227 Aleksandrovskaia, Matsenko and Schultz, 1976.
228 Rood, 1976.
229 Rempel, 2008.
230 CNUCED, 1999, CEA, 2016a, 2020b.
231 CNUCED, 1995.
232 da Cruz, 2020.
233 Anseeuw *et coll.*, 2012; voir, par exemple, CEA (2014) pour les règles foncières dans les investissements de grande envergure; Ofodile (2014) pour les traités d'investissement, les contrats et les questions foncières.
234 Acemoglu et Robinson, 2013.
235 Haggard, MacIntyre et Tiede, 2008; Salacuse, 2013.
236 Boyle, 2012; Mo Ibrahim Foundation, 2018.
237 WJP, 2020.
238 Baruti, 2017; Schill, 2017a; Mbengue, 2019.
239 Parmi les traités régionaux africains consacrés à l'investissement figurent également le Code communautaire des investissements de la Communauté économique des pays des Grands Lacs de 1982 (en vigueur), la Convention commune sur les investissements dans les États de l'Union douanière et économique de l'Afrique centrale de 1965 (en vigueur) et le Protocole sur l'énergie de la CEDEAO de 2003 (pas entré en vigueur).
240 Ngobeni et Fagbayibo, 2010.
241 Denters and Gazzini, 2017: 452.
242 Alschner et Skougarevskiy, 2016.
243 CNUCED, 2020b.
244 Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. v. Libya *et coll.*, 2011.
245 Aréou, 2020.
246 Chidede, 2019a; El-Kady et De Gama, 2019; Mbengue, 2019.
247 Ghanaweb, 2020.
248 CEA, 2019a.
249 Wells et Wint, 2000; Harding et Javorcik, 2012, 2013.
250 WAIPA, 2019; World Bank et WAIPA, 2020.

- 251 CNUCED, 2020d; WAIPA, 2020.
- 252 Berger et Gsell, 2019; Hamdani *et al.*, 2020; Hees et Mendonça Cavalcante, 2017; Hees, Moraes et Mendonça Cavalcante, 2018; CNUCED, 2016.
- 253 Hees, Moraes et Mendonça Cavalcante, 2018; Novik et de Crombrugge, 2018; CNUCED, 2017.
- 254 Volpe Martincus *et al.*, 2020.
- 255 CNUCED, 2018b.
- 256 CNUCED, 2013a; CNUCED, 2014b.
- 257 CNUCED, 2013b.
- 258 CNUCED, 2017.
- 259 Arriagada Peters, 2020; Berger et Gsell, 2019; de Oliveira, 2020; voir aussi UNCTAD (2008) pour les activités de sensibilisation.
- 260 CNUCED, 2017; Coleman *et coll.*, 2018; Polanco Lazo, 2018.
- 261 Bermann *et coll.*, 2020.
- 262 Sauvant *et al.*, 2019; Hees et Mendonça Cavalcante, 2017.
- 263 WTO, 2017.
- 264 Bermann *et al.*, 2020; Francke, 2020.
- 265 Sauvant, 2020.
- 266 Benin, Guinée, Libéria, Nigeria et Togo (Berger and St John, 2020).
- 267 Berger et Gsell, 2019; Kanth, 2017; Mann et Brauch, 2019.
- 268 Sauvant *et al.*, 2019.
- 269 Sauvant *et al.*, 2019.
- 270 CEA, 2019a: encadré 6.6 ; Monebhurrin, 2017; Morosini, Perrone et Sanchez-Badin, 2019. En août 2020, le Brésil avait conclu des traités de coopération et de facilitation de l'investissement avec cinq pays africains, le dernier en date étant le Maroc en juin 2019.
- 271 CE, s.d.; Egan et Guimarães, 2017; Galetta, 2014; Kokolia, 2018.
- 272 CNUCED, 2019.
- 273 Baruti, 2017.
- 274 L'analyse du traité de l'UMA est basée sur une traduction non officielle de l'original arabe.
- 275 Mbengue, 2020.
- 276 Polanco Lazo, 2018.
- 277 CNUCED, 2007.
- 278 CEA, 2019a.
- 279 Hees, Moraes et Mendonça Cavalcante, 2018.
- 280 de Oliveira, 2020.
- 281 CNUCED, 1995.
- 282 CNUCED, 2018b, CNUCED, 2018c; CNUCED, 2019.
- 283 Banque mondiale et WAIPA, 2020.
- 284 Singh, 2018.
- 285 Arriagada Peters, 2020; Sauvant, 2020.
- 286 CEA, 2019a.
- 287 Berger, Dadkhah et Olekseyuk, 2020.
- 288 Bonniticha, Skoygaard Poulsen et Waibel, 2017.
- 289 Sornarajah, 2017.
- 290 Stephan, 2014.
- 291 ECA, 2019a; Pohl, 2018.
- 292 Van Harten et Loughlin, 2006; pour un débat plus général, voir, CEA (2020 b) et CNUCED (2015).
- 293 Nichols, 2018; Dimitropoulos, 2020.
- 294 Alvarez *et al.*, 2016; Bernardini, 2017; Schwebel, 2015.
- 295 Cotula, 2018.
- 296 Behn, Langford et Létourneau-Tremblay, 2020.
- 297 Arato, Brown et Ortino, 2020; Franck, 2005; Kabra, 2020; Zarra, 2018.
- 298 Schwebel, 2015.
- 299 Alschner, 2020; Franck, 2005; Ortino, 2012.
- 300 Branson, 2010; Bernasconi-Osterwalder, Johnson et Marshall, 2010; Donaubaer, Neumayer et Nunnenkamp, 2018; Fernández Masiá et Salvadori, 2020; Langford, Behn et Lie, 2017; Puig et Strezhnev, 2016; Van Harten, 2018.
- 301 Bjorklund *et al.*, 2020; Kidane, 2017; Soopramanien et Soopramanien, 2016.
- 302 Perrone, 2019.
- 303 Chaisse, 2015.
- 304 Garcia, 2018; Guven et Johnson, 2019; ICCA-Queen Mary Task Force, 2018; Santosuosso et Scarlett, 2019.
- 305 Selon la CNUCED (2018 d), la sentence médiane en faveur des investisseurs était de 20 millions de dollars. La moyenne était de 504 millions de dollars ou de 125 millions de dollars selon que l'on inclut ou non trois affaires contre la Russie concernant la compagnie pétrolière et gazière Yukos.
- 306 Pelc, 2017: encadré 5.
- 307 Franck et Wyllie, 2015.
- 308 Nunnenkamp, 2017; Rao, 2019. See also Faure et Ma (2020) et Sweet, Chung et Saltzman (2017).
- 309 Behn, Berge et Langford, 2017-2018.
- 310 Franck et Wyllie, 2015.
- 311 Behn et Daza (2019) indiquent que la durée moyenne des procédures de règlement des différends entre investisseurs et États est d'environ 3,7 ans, que les retards sont généralement causés par les parties et que les procédures peuvent ne pas être particulièrement longues par rapport à d'autres types de règlement des différends. Voir également Álvarez Zárate *et al.*, 2020.
- 312 Le coût moyen pour les demandeurs est de 6,1 millions de dollars, et celui des défendeurs, de 5,2 millions de dollars. Les honoraires moyens des cours arbitraux s'élevaient à environ 950 000 dollars, avec une médiane de 750 000 millions de dollars (Behn et Daza, 2019, cité dans Behn, Langford et Létourneau-Tremblay, 2020).
- 313 Bottini *et al.*, 2020.
- 314 Alcolea, 2020; Doward, 2020; UNCTAD, 2020c.
- 315 Thakur, 2020; Tienhaara, 2006, 2018.
- 316 Baltag et Dautaj, 2020; Behn et Langford, 2017.
- 317 Ortino, 2018.
- 318 Bonniticha, Skoygaard Poulsen et Waibel, 2017; Moehlecke, 2020.
- 319 Alet, 2018; Economist, 2014; Pauwelyn, 2015.
- 320 UNCITRAL, 2018.
- 321 UNCITRAL, 2018.
- 322 Bernardini, 2017.
- 323 Dimitropoulos, 2020; Kelsey, Schneiderman et Van Harten, 2020.
- 324 Langford *et al.*, 2020.
- 325 Roberts and St John, 2019a; Schill et Vidigal, 2020.
- 326 Langford *et al.*, 2020.
- 327 Chidede, 2019a; Roberts et St John, 2019b.
- 328 En décembre 2020, 46 « États contractants » avaient signé et ratifié la Convention CIRDI et trois « États signataires » n'avaient pas encore ratifié l'instrument - l'Éthiopie, la Guinée-Bissau et la Namibie. L'Afrique du Sud, l'Angola, l'Érythrée, la Guinée équatoriale et la Libye n'ont jamais signé la convention.
- 329 Ramos Codeço et Martins Sachetim, 2020.
- 330 En vertu de la convention CIRDI, qui ne fait pas l'objet d'une révision, les deux parties doivent exprimer leur consentement pour que la sentence finale soit rendue publique.
- 331 Pour être adoptées, les règles doivent être acceptées par une majorité de deux tiers des États membres.

- 332 Titi, 2018, CNUCED, 2020e.
- 333 CEA, 2019a: encadré 6.6.
- 334 CEA, 2019a: encadré 6.6.
- 335 CEA, 2019a: encadré 6.6.
- 336 CEA, 2019a: encadré 6.6.
- 337 CNUCED, 2020b.
- 338 Chidede, 2019b; Mbengue, 2019. Akinkugbe (2019) souligne également le rôle que les États africains ont joué en tant que défenseurs dans l'élaboration de la jurisprudence existante du CIRDI et l'élucidation des concepts et règles clés.
- 339 Mbengue, 2017: 372. Voir aussi Baruti (2017) et Gazzini (2014).
- 340 Schill, 2017a.
- 341 Dolzer et Schreuer, 2012; OECD, 2004; UNCTAD, 2012.
- 342 Alter, Gathii et Helfer, 2016.
- 343 Happold, 2018; Happold et Radović, 2018.
- 344 Mouawad et Khoury, 2017.
- 345 Ebere, 2016.
- 346 El-Kady, 2014; Hasaan, 2019.
- 347 Ben Hamida, 2013.
- 348 Bennadji, 2019.
- 349 Živković, 2019: 528.
- 350 Les premiers codes africains des investissements ont été promulgués par la Côte d'Ivoire en 1959 et le Cameroun l'année suivante.
- 351 Cotula, 2020.
- 352 Voir, par exemple, le statut de l'acceptation par les pays africains des obligations relatives aux transactions internationales en vertu de l'article VIII des Statuts du Fonds monétaire international (qui empêche les restrictions imposées à la réalisation de paiements et transferts afférents aux transactions internationales courantes avec d'autres membres) et du régime provisoire prévu à l'article XIV (FMI, 2019).
- 353 Voir, par exemple, *Getma c. Guinée* (Affaire CIRDI n° ARB/11/29) concernant la résiliation d'un contrat de concession qui contenait une clause choisissant la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) comme mode exclusif de règlement des différends par un arbitrage régi par le droit interne.
- 354 Mbengue, 2012.
- 355 Botchway, 2019.
- 356 Benin, Burkina Faso, Cameroon, Central African Republic, Chad, Comoros, Democratic Republic of Congo, Republic of Congo, Côte d'Ivoire, Equatorial Guinea, Gabon, Guinea, Guinea-Bissau, Mali, Niger, Senegal et Togo.
- 357 Ben Hamida, 2019; Douajni, 2020.
- 358 Ceesay, 2020; Enaw, 2018.
- 359 CNUCED, 2015; Bernasconi-Osterwalder, 2019.
- 360 Cotula, 2018.
- 361 Bernasconi-Osterwalder *et al.*, 2018.
- 362 Krajewski, 2020.
- 363 Dumberry et Aubin, 2013; Santacroce, 2019; Sattorova, 2019.
- 364 Choudhury, 2020.
- 365 Ishikawa, 2019; Fernández Masiá et Salvadori, 2020.
- 366 CEA, 2019a.
- 367 PNUE et IIDD, 2016.
- 368 Fouchard Papaefstratiou et Shihoor, 2019.
- 369 CUA et CEA, 2013 ; CEA, 2018a ; CNUCED, 2020a.
- 370 Cotula, 2020.
- 371 Oluonye, 2020.
- 372 Cette disposition rappelle l'ancien Code des investissements de la CEDEAO, en vertu duquel les actes ou décisions des investisseurs qui causent des dommages importants, des blessures corporelles ou conduisent au décès dans l'État d'accueil pouvaient faire l'objet d'une action en responsabilité civile dans le pays d'accueil. Par ailleurs, en vertu de ce traité, les pays devaient permettre l'engagement de poursuites contre les investisseurs dans leur pays d'origine pour toute transgression commise dans le pays d'accueil, ainsi que l'application de la réglementation de ce dernier en matière de responsabilité.
- 373 CEA, 2019a.
- 374 Cotula, 2018. L'externalisation des coûts d'investissement sur les populations locales en assouplissant les normes de travail ou normes environnementales peut procurer des avantages immédiats, mais freine le développement à long terme de l'État hôte (CEA, 2019a).
- 375 La liste indicative des domaines comprend notamment les droits de l'homme, la corruption, les normes du travail, la conduite dans les zones de conflit, les subventions et les mesures d'incitation et les évaluations de l'impact environnemental et social.
- 376 CEA, 2019a.
- 377 CEA, 2019a; Bermann *et al.*, 2020.
- 378 Cotula, 2020.
- 379 CNUCED, 2015.
- 380 Chidede, 2019a.
- 381 Gouvernement de la République de Guinée, 2019.
- 382 CEA, 2019a.