



Master

2021

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

---

## L' Afrique : vers une continentalisation du droit international des investissements ?

---

Amadasun, Axelle Osayimwen

### How to cite

AMADASUN, Axelle Osayimwen. L" Afrique : vers une continentalisation du droit international des investissements ? Master, 2021.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:157949>

Université de Genève – Faculté de droit

Mémoire de master

Année académique 2020-2021

# **L’Afrique : vers une continentalisation du droit international des investissements ?**

Mémoire de master effectué sous la direction du Professeur Makane Moïse MBENGUE

Assisté de Madame Ines MESEK

Dans le cadre du séminaire de « Droit international des investissements »

Janvier 2021

**Axelle Osayimwen Amadasun**

# TABLE DES MATIÈRES

<b>LISTE DES ABRÉVIATIONS .....</b>	<b>3</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>5</b>
<b>I. L'AFRIQUE, « LABORATOIRE » DE DIVERS ACCORDS ET MODÈLES DE TRAITÉS D'INVESTISSEMENTS .....</b>	<b>8</b>
A. LES INITIATIVES DES COMMUNAUTÉS ÉCONOMIQUES RÉGIONALES .....	8
1. <i>Les dénominateurs communs .....</i>	<i>10</i>
2. <i>Les faiblesses quant aux standards de traitement et aux règlements de différends.....</i>	<i>14</i>
B. UN CHAMPS D'ACTION LIMITÉ ? .....	18
<b>II. L'ÉMERGENCE D'UNE APPROCHE CONTINENTALE : LE CODE PANAFRICAIN DES INVESTISSEMENTS ET SES NOUVELLES TENDANCES ....</b>	<b>21</b>
A. L'ÉLABORATION DU CODE PANAFRICAIN DES INVESTISSEMENTS .....	21
B. UN CONTENU INNOVATEUR, UNE RÉPONSE AUX BESOINS DU CONTINENT ?.....	24
1. <i>Des objectifs au service de la promotion d'investissements responsables et durables</i>	<i>25</i>
2. <i>La garantie d'un bon équilibre entre les investisseurs et les Etats d'accueil .....</i>	<i>28</i>
3. <i>La conception des règlements de différends : vers un consensus ? .....</i>	<i>33</i>
<b>III. LA VIABILITÉ DE « L'AFRICANISATION » DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS.....</b>	<b>39</b>
A. QUEL IMPACT AU NIVEAU RÉGIONAL ? .....	40
B. « <i>A WIND OF CHANGE</i> » : LE TBI ENTRE LE NIGÉRIA ET LE MAROC .....	45
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>52</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>55</b>

## LISTE DES ABRÉVIATIONS

AII	Accord international d'investissement
AIIs	Accords internationaux d'investissements
CAE	Communauté d'Afrique de l'Est
CEA	Commission économique africaine
CEDEAO	Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest
CER	Communautés économiques régionales
CIRDI	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements
CNUCED	Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies sur le droit commercial international
CPAI	Code Panafricain des Investissements
COMESA	Marché commun de l'Afrique orientale et australe
EAC MIC	East African Community Model Investment Code
ECOWIC	ECOWAS Common Investment Code (Code commun des investissements de la CEDEAO)
IIDD	L'Institut international du développement durable
IISD	International Institute for Sustainable Development
ISDS	Investor-State Dispute Settlement (Règlement de différends entre investisseur et Etat)
IPFSD	Cadre d'action pour les politiques d'investissement au service du développement durable.

PFI	Protocole sur la finance et l'investissement de la SADC du 18 août 2006
SADC	Communauté de Développement de l'Afrique australe
TBI	Traité Bilatéral d'Investissement
TBIs	Traités Bilatéraux d'Investissement
UA	Union Africaine
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNECA	United Nations Economic Commission for Africa
ZICC	Zone d'investissement commune du COMESA
ZLECAF	Zone de libre-échange continentale africaine
ZLET	Zone de libre-échange tripartite

## INTRODUCTION

« *International investment law is not made by Africa; it was made for Africa [...]* »<sup>1</sup>.

La tendance, dès les années soixante au lendemain de la décolonisation, était effectivement, pour les pays exportateurs de capitaux, de conclure différents traités d'investissement avec les Etats africains, afin semble-t-il, de pouvoir assurer une stabilité économique et promouvoir l'investissement ou encore pour des raisons politiques et sociales en Afrique. Il est formellement commun d'estimer que l'investissement étranger incarne une certaine source de développement économique d'un pays. En 2016, un rapport de la Commission économique africaine des Nations Unies (UNECA) illustre ce propos : « les dirigeants africains reconnaissent de plus en plus que l'investissement est primordial pour la croissance et la transformation en Afrique. S'il est bien canalisé, il peut permettre d'accroître la capacité de production, de créer des emplois, d'augmenter les revenus générés et contribuer au développement financier »<sup>2</sup>.

C'est pourquoi, il est vrai qu'à ce jour, les pays africains ont signé de très nombreux Traités bilatéraux d'investissement (TBIs) et Accords internationaux d'investissement (AII) extra-africains. Pourtant, on ne peut affirmer que ces accords ont permis la facilitation des investissements directs dans les Etats africains, « au contraire, ces traités se sont peu à peu transformés en armes contre les pays qui reçoivent l'investissement, lorsque leurs gouvernements n'agissent pas conformément aux intérêts des sociétés d'investissement »<sup>3</sup>. En effet, les intérêts des Etats occidentaux, parties aux TBIs, sont mis en balance avec les intérêts des pays et gouvernements africains en voie de développement. Les pays du Nord souhaitent particulièrement à travers ces traités protéger et favoriser leurs compagnies et citoyens investissant en Afrique. De plus, tel que l'a soutenu la Commission européenne en 2015, « les règles internationales en matière d'investissement ont été élaborées en Europe »<sup>4</sup>. De ce fait, la

---

<sup>1</sup> KIDANE Won « Contemporary International Investment Law Trends and Africa's Dilemmas in the Draft Pan-African Investment Code », *The George Washington International Law Review*, vol. 50, no. 3, 2018, p. 526.

<sup>2</sup> UNECA, *Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : implication pour l'intégration régionale*, mars 2016, (visité le 22 janvier 2021), disponible sur : <https://repository.uneca.org/bitstream/handle/10855/23352/b11565949.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. XII.

<sup>3</sup> ARANDA José Luis G., *Traités bilatéraux d'investissement : une menace continue pour l'Afrique*, 2 mai 2018, (visité le 15 novembre 2020), disponible sur : <http://aefjn.org/fr/traites-bilateraux-dinvestissement-une-menace-continue-pour-lafrique/>.

<sup>4</sup> KIDANE Won, *op. cit.*, p. 523; EUROPEAN COMMISSION, *European Commission Concept Paper: Investment in TTIP and beyond – the path for reform Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration*

question de l'efficacité de ces investissements étrangers et de la signature de tels traités internationaux dans ce domaine, en Afrique, est encore débattue, car le sous-développement, la pauvreté abjecte et le taux de chômage élevé sont encore présents dans l'ensemble du continent africain<sup>5</sup>.

On remarque donc que même si la signature de TBIs, dans un premier temps, ne paraissait se faire qu'entre les investisseurs issus de pays développés et les pays du Sud, la pratique, désormais, « dispose d'une assise géographique quasi universelle »<sup>6</sup>. Ces dernières années, les pays africains ont effectivement accru la conclusion de leurs traités d'investissement avec les pays dits du Sud tels que le Brésil, la Chine ou l'Inde, lesquels ont connu un développement économique majeur, créant ainsi des accords uniquement « Sud-Sud »<sup>7</sup>. On observe également que le réseau intra-africain d'accords régionaux d'investissement et de TBIs s'est étendu. Cet essor a engendré corrélativement de nouvelles approches dans les traités d'investissement. Puis, dans le contexte « d'un vent de réformes »<sup>8</sup>, l'Union Africaine (UA) entourée d'experts dresse le Code Panafricain des investissements (CPAI), créant pour la première fois une approche continentale du régime des investissements en Afrique. Néanmoins, cette « africanisation »<sup>9</sup> du droit international des investissements a été laborieuse et rencontre encore de nombreux défis.

Par conséquent, peut-on dire que l'Afrique évolue vers une continentalisation, soit « une prise en main »<sup>10</sup>, du droit international des investissements ? Est-ce que le cadre juridique régional des investissements en Afrique a déjà bien été établi avant de pouvoir s'étendre à l'échelle continentale ? Comment un instrument juridique continental a-t-il pu voir le jour dans le régime africain des investissements et qu'a-t-il engendré ?

---

*towards an Investment Court et Europe*, 5 mai 2015, (visité le 5 décembre 2020), disponible sur : [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF), p. 1.

<sup>5</sup> CHIDEDE Talkmore, « The Right to Regulate in Africa's International Investment Law Regime », *Oregon Review of International Law*, vol. 20, no. 1, University of Oregon, 2018, p. 439; CLEEVE Emmanuel A., DEBRAH Yaw, YIHEYIS Zelealem, « Human Capital and FDI Inflow: An Assessment of the African Case », *World Development*, vol. 74, 2015, pp. 1-14.

<sup>6</sup> DE NANTEUIL Arnaud, *Droit international de l'investissement*, Pedone, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 49.

<sup>7</sup> CHIDEDE Talkmore, *op. cit.*, p. 438.

<sup>8</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Special Issue: Africa and the Reform of the International Investment Regime-An Introduction », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, no. 3, 2017, p. 371.

<sup>9</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Evolution of International Investment Agreements in Africa: features and Challenges of Investment Law "Africanization" » », in CHAISSE Julien, CHOUKROUNE Leïla et JUSOH Sufian (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer, Singapore, 2019, p. 1.

<sup>10</sup> *Ibid.*

Nous tenterons de répondre à ces interrogations, à travers les pages de ce travail. Il s'agira tout d'abord, d'examiner les premières initiatives régionales, transformant l'Afrique en un continent, « laboratoire », de divers accords et modèles de traités d'investissement (I). Dans ce contexte, une réelle approche continentale a émergé à l'apparition du Code Panafricain des investissements, dont les nouvelles tendances proposées nécessitent d'être observées (II). Dès lors, il s'en est suivi notamment diverses révisions variées d'instruments juridiques régionaux et bilatéraux remettant finalement en question, la viabilité de l'africanisation du droit international des investissements (III).

## **I. L’Afrique, « laboratoire » de divers accords et modèles de traités d’investissements**

Dr. Talkmore CHIDEDE a déclaré que « le régime du droit international des investissements en Afrique est façonné par un réseau complexe, fragmenté et hétérogène d'instruments juridiques bilatéraux, régionaux et internationaux »<sup>11</sup>. Fragmentation, « Puzzle »<sup>12</sup>, « Spaghetti Bowl »<sup>13</sup>, telles sont les différentes sortes de désigner la disposition des multiples accords et traités bilatéraux d’investissements présents en Afrique. Le contexte juridique du droit international des investissements en Afrique est effectivement riche mais morcelé. Il est dans un tel cas difficile de promouvoir l’intégration économique et de pouvoir faciliter les investissements.

Malgré cela, les Etats africains ont souhaité élaborer et adopter des instruments juridiques relatifs aux investissements étrangers. Ces accords bilatéraux ou régionaux, entrés en vigueur ou restés à l’étape de simples modèles ont le but de pouvoir guider les Etats dans leurs négociations de TBIs. Il en ressort de nombreuses dispositions et caractéristiques nécessitant d’être étudiées. Dès lors, qu’est-ce qu’il en résulte de ce qui compose principalement ce « laboratoire de modèles et de traités d’investissements »<sup>14</sup> ? Ne pouvant tenir compte de chaque TBI ou AII signé par les différents Etats africains, du fait de leur nombre élevé, le cadre de l’analyse ne contiendra uniquement que quelques références au niveau régional.

### **A. Les initiatives des communautés économiques régionales**

La Commission économique Africaine (CEA) relève que : « la question qui ressort naturellement des initiatives régionales et de leurs limites propres est de savoir si l’élaboration d’un code commun de l’investissement au niveau continental serait souhaitable. Si tel est le cas,

---

<sup>11</sup> Version originale en anglais : « *Africa’s international investment law regime is shaped by a complex, fragmented, and heterogeneous network of bilateral, regional, and international legal instruments.* », CHIDEDE Talkmore, *op. cit.*, p. 437.

<sup>12</sup> MBENGUE Makane Moïse, *Un Code panafricain d’investissement pour promouvoir le développement durable, Passerelles*, vol. 17, no. 5, 29 juin 2016, (visité le 18 novembre 2020), disponible sur : <https://ictsd.iisd.org/bridges-news/passerelles/news/un-code-panafricain-d-investissement-pour-promouvoir-le-developpement>.

<sup>13</sup> PÁEZ Laura, « Bilateral Investment Treaties and Regional Investment Regulation in Africa: Towards a Continental Investment Area? », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, no. 3, 2017, p. 390.

<sup>14</sup> NIKIÉMA Suzy, *Élaborer un modèle de traité d’investissement : Opportunités et défis Note d’information pour la série des webinaires de IISD sur le droit et la politique des investissements*, décembre 2018, (visité le 3 novembre 2020), disponible sur : <https://www.iisd.org/system/files/meterial/model-investment-treaty-webinar-note-fr.pdf>, p. 2.

quel cadre juridique et politique serait nécessaire et l’Afrique remplit-elle déjà certaines des conditions préalables essentielles à un code de l’investissement panafricain et à d’autres codes régionaux d’investissement sur le continent »<sup>15</sup>. Autrement dit, nous pouvons nous demander si certaines mesures régionales mises en place, en matière de droit des investissements en Afrique, sont-elles favorables à l’établissement d’un instrument juridique continental ? Plusieurs accords régionaux sur les investissements sont apparus au sein du continent africain, « l’intégration régionale de l’Afrique étant une priorité déclarée des gouvernements africains, depuis les premières années de l’indépendance »<sup>16</sup>.

« Piliers de l’intégration économique africaine »<sup>17</sup>, huit Communautés économiques régionales africaines (CER) sont reconnues par l’UA.

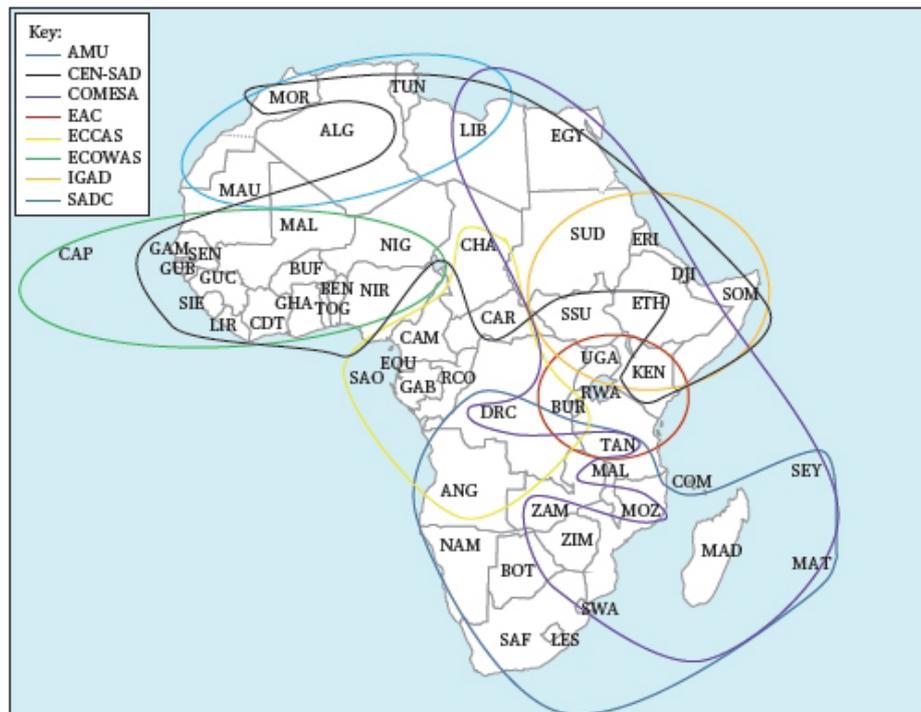


Figure 1: Overview of RECs memberships in Africa<sup>18</sup>

<sup>15</sup> UNECA, *op. cit.*, p. XI.

<sup>16</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Evolution of International Investment Agreements in Africa: features and Challenges of Investment Law “Africanization” », *op.cit.*, p. 11; NDOMO Atieno, *Regional Economic Communities in Africa : A Progressive overview*, Mai 2009, (visité le 7 décembre 2020), disponible sur : [https://www.tralac.org/images/News/Reports/Regional\\_Economic\\_Communities\\_in\\_Africa\\_A\\_Progress\\_Overview\\_Atieno\\_Ndomo\\_GTZ\\_2009.pdf](https://www.tralac.org/images/News/Reports/Regional_Economic_Communities_in_Africa_A_Progress_Overview_Atieno_Ndomo_GTZ_2009.pdf), p. 8.

<sup>17</sup> OSAA Bureau du Conseiller spécial pour l’Afrique, (visité le 3 novembre 2020), disponible sur : <https://www.un.org/fr/africa/osaa/peace/recs.shtml>.

<sup>18</sup> PÁEZ Laura, *op.cit.*, p. 390, (Illustration de l’auteur basée sur la Commission de l’Union Africaine, Handbook (2014)).

La Communauté d’Afrique de l’Est (CAE), la Communauté économique des Etats de l’Afrique de l’Ouest (CEDEAO), le Marché commun de l’Afrique de l’Est et de l’Afrique australe (COMESA) ainsi que la Communauté du développement de l’Afrique australe (SADC), pour ne citer qu’elles, ont toutes la volonté commune de « s'engager dans la réforme de leurs instruments et cadres juridiques d'investissement respectifs »<sup>19</sup>. En effet, au cours de ces dernières années, le droit international des investissements a évolué de diverses manières au sein de l’UA, notamment au travers de la (re)formulation des dispositions et des standards des TBIs traditionnels. Plusieurs modèles variés de traités d’investissements ont vu le jour, pouvant guider les Etats africains membres dans leurs propres rédactions et négociations de TBIs. La CAE et la SADC ont par exemple élaboré des modèles types en matière d’investissement, tandis que le COMESA et la CEDEAO, ont signé des réglementations régionales relatives à l’investissement.

Nous observons alors parmi toutes les initiatives de ces quatre CER précitées, qu’il y a d’un côté divers dénominateurs communs à dénombrer et de l’autre plusieurs divergences, quant à l’élaboration de leurs instruments juridiques relatifs au régime d’investissement, remettant en doute le processus de régionalisation de l’Afrique.

## **1. Les dénominateurs communs**

En premier lieu, nous ne pouvons ignorer que les règles couvrant le domaine du droit des investissements de chacune de ces CER peuvent bel et bien se retrouver dans divers textes à la fois et ne sont donc pas regroupées qu’au sein d’un même code, d’un même traité ou protocole. La plupart des traités fondant les CER, aussi nombreuses soient-elles, comprennent des dispositions relatives à l’investissement<sup>20</sup>. Ces dernières restent toutefois vagues pour la plupart et ne donnent pas de directions suffisamment précises aux Etats membres, quant à leur régime et politique d’investissement. Le régime d’investissement de la CAE par exemple s’étend sur un certain nombre d’instruments fixant des règles générales, tout en comportant certaines dispositions spécifiques sur les investissements transfrontaliers<sup>21</sup>. Cela comprend notamment

---

<sup>19</sup> MBENGUE Makane Moïse, “Special Issue: Africa and the Reform of the International Investment Regime-An Introduction”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, no. 3, 2017, p. 372.

<sup>20</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Evolution of International Investment Agreements in Africa: features and Challenges of Investment Law “Africanization” », *op.cit.*, p. 11.

<sup>21</sup> SSEMMANDA Emmanuel S., SHIKOLI Edmond A., « Investment Regulation in the East African Community: Community and Domestic Legal Regimes », *African Journal of Commercial Law*, vol. 1, 2019/2020, p. 174.

le Traité pour l'établissement de la Communauté de l'Afrique de l'Est signé en novembre 1999<sup>22</sup> et entré en vigueur en juillet 2000, le Protocole instituant le Marché commun de la CAE<sup>23</sup> signé par les chefs d'Etat en 2009 ou encore le *East African Community Model Investment Code*<sup>24</sup> (ci-après : EAC MIC) adopté en 2006. Il en va de même pour la CEDEAO trouvant diverses dispositions sur les investissements dans : le Traité d'établissement révisé du 24 juillet 1993<sup>25</sup>, le Protocole sur l'énergie du 31 janvier 2003<sup>26</sup> ou plus spécifiquement dans son Acte additionnel A/SA.3/12/08 portant sur les règles communautaires sur l'investissement du 19 décembre 2008<sup>27</sup> (ci-après : Acte additionnel).

C'est notamment ce pourquoi, l'un des objectifs régulièrement mis en évidence, tel que l'on peut le lire dans la plupart des préambules de ces textes juridiques, est l'harmonisation de la politique et des lois en matière d'investissement, ainsi que le développement de la coopération et de la coordination des Etats membres pour l'amélioration du climat économique de la région en question. Par exemple, les objectifs de la CAE, au regard du préambule et de l'art. 5 para. 1 du Traité pour l'établissement de la CAE, sont de développer des politiques visant à mener le programme d'intégration économique, sociale et politique régionale et à élargir et approfondir la coopération entre les Etats membres dans divers domaines clés, dans leur intérêt mutuel<sup>28</sup>. Le préambule du EAC MIC prévoit également d'œuvrer à l'harmonisation tout en s'inspirant des meilleures pratiques internationales. De même pour la SADC, dans son Protocole sur la finance et l'investissement (PFI) du 18 août 2006<sup>29</sup>, cherchant d'après l'art. 2 PFI à : « harmoniser les politiques des Etats parties, relatives à la finance et à l'investissement afin de

---

<sup>22</sup> CAE, *Treaty for the Establishment of the East African Community*, adopté le 30 novembre 1999, (visité le 15 janvier 2021), disponible sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2487/download>.

<sup>23</sup> CAE, *Protocol on the Establishment of the East African Community Common Market*, adopté le 20 novembre 2009, (visité le 15 janvier 2021), disponible sur : <https://www.eac.int/documents/category/protocols>.

<sup>24</sup> CAE, *East African Community Model Investment Code*, adopté en juillet 2006, (visité le 15 janvier 2021), disponible sur : <https://www.tralac.org/documents/resources/eac/1378-eac-model-investment-code-july-2006/file.html>.

<sup>25</sup> CEDEAO, *Traité d'établissement révisé du 24 juillet 1993*, révisé en 2010, (visité le 15 janvier 2021), disponible sur : <https://www.ecowas.int/wp-content/uploads/2015/02/Traite-Revise.pdf>.

<sup>26</sup> CEDEAO, *Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie*, adopté le 31 janvier 2003, (visité le 15 janvier 2021), disponible sur : <https://erera.arrec.org/wp-content/uploads/2016/08/Protocole-sur-l-energie-de-la-CEDEAO.pdf>.

<sup>27</sup> CEDEAO, *Supplementary Act A/SA.3/12/08 Adopting Community Rules on Investment and the Modalities for their Implementation with ECOWAS*, adopté le 19 décembre 2008, (visité le 15 janvier 2021), disponible sur : <https://jusmundi.com/en/document/treaty/en-supplementary-act-a-sa-3-12-08-adopting-community-rules-on-investment-and-the-modalities-for-their-implementation-with-ecowas-ecowas-supplementary-act-on-investments-friday-19th-december-2008>.

<sup>28</sup> CAE, *EAC Legal Texts and Policy Documents*, (visité le 22 novembre 2020), disponible sur : <https://www.tralac.org/resources/by-region/eac.html>.

<sup>29</sup> SADC, *Protocol on Finance and Investment*, adopté le 18 août 2006, (visité le 15 janvier 2021), disponible sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2730/download>.

les rendre conformes aux objectifs de la SADC [...] en facilitant l'intégration, la coopération et la coordination régionale au sein des secteurs de la finance et des investissements dans le but de diversifier et d'étendre les secteurs productifs de l'économie, et d'accroître le commerce dans la Région de sorte à réaliser le développement et la croissance durable de l'économie et à éradiquer la pauvreté »<sup>30</sup>.

Par ailleurs, même si la majorité des dispositions émanant de ces textes sont comparables aux standards que l'on retrouve traditionnellement dans les TBIs, certaines clauses sortent du lot et sont précurseurs d'un changement palpable. De la sorte, il est tout à fait plausible de dire que les CER « jouent un rôle de premier plan dans le développement du droit international de l'investissement »<sup>31</sup>.

Premièrement, prenons le cas de la balance entre les obligations des Etats membres hôtes et celles des investisseurs. Il est vrai que la plupart des Etats membres de ces communautés régionales souhaitent protéger leurs besoins ainsi que les intérêts des investisseurs. On y trouve donc des dispositions importantes protégeant les investisseurs telles que la protection contre les expropriations sans compensation, dans quels cas les investisseurs doivent être indemnisés. Par exemple, l'Acte additionnel de la CEDEAO, exige que les investisseurs ressortissants de la CEDEAO, soient indemnisés sans délai, selon la valeur du marché (art. 8). Au regard de l'art. 10, les investisseurs de la CEDEAO ont également l'assurance du libre transfert de leurs avoirs, comme par exemple l'ensemble des paiements liés à l'investissement (tel est le cas des dividendes, des bénéfices ou du produit des ventes de l'investissement) (art. 10 para. 1 let. b). Cela permettrait notamment de promouvoir le développement national par les bénéfices des investissements<sup>32</sup>. L'art. 6 du Modèle TBI de la SADC suit aussi la plupart des traités en matière d'expropriation laissant, néanmoins, ouverte la possibilité que l'indemnisation ne soit pas toujours à la juste valeur marchande<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> UNECA, *op. cit.*, p. 32.

<sup>31</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Un Code panafricain d'investissement pour promouvoir le développement durable », *op. cit.*

<sup>32</sup> ADEKELE Fola, *International Investment Law and Policy in Africa: Exploring a Human Rights Based Approach to Investment Regulation and Dispute Settlement*, Routledge, London et New York, 2018, p. 144.

<sup>33</sup> SADC, *Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, adopté en juillet 2012, (visité le 1er décembre 2020), disponible sur : <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf>, p. 25.

Cependant, ce qui est inhabituel, c'est qu'au-delà de ces protections, il est prévu que les investisseurs doivent remplir des obligations et devoirs tout aussi importants quant à leurs investissements. L'Acte additionnel de la CEDEAO peut être considéré comme un instrument juridique faisant partie des plus « progressistes »<sup>34</sup>, car son Chapitre 3 est consacré spécifiquement aux obligations et devoirs des investisseurs et des investissements, imposant par exemple le rendu public des évaluations d'impacts environnementaux et sociaux préalables à l'investissement<sup>35</sup>. Les obligations des investisseurs comprennent également des « obligations postérieures à l'établissement », notamment par rapport à la protection des droits de l'homme et au respect des normes fondamentales du travail (art. 14)<sup>36</sup>. L'art. 13 de l'Accord de la zone d'investissement commune du COMESA (ci-après : Accord ZICC), dans sa version de 2007<sup>37</sup>, est l'article essentiellement innovant de l'accord en ce sens qu'il traite de l'obligation des investisseurs, lesquels doivent respecter les lois nationales applicables de l'Etat membre, dans lequel les investissements sont réalisés. Ces obligations doivent être suivies avant et après l'établissement des investissements. Cet accord introduit lui aussi un véritable équilibre entre les obligations des investisseurs et les obligations du pays d'accueil et la portée de la protection de l'Etat hôte est par conséquent étendue<sup>38</sup>. Enfin, il en est de même pour le Modèle TBI de la SADC, considéré comme révolutionnaire par certains auteurs<sup>39</sup>, où la Partie 3 (art. 10-19) prévoit que les obligations des investisseurs doivent comprendre la lutte contre la corruption, le respect du droit national, l'évaluation et la gestion de l'environnement, les droits de l'homme, les questions de développement social et économique, la gouvernance d'entreprise, etc. Les obligations peuvent notamment être intégrées dans le droit national si elles ne le sont pas déjà et donc être appliquées par les tribunaux nationaux<sup>40</sup>.

---

<sup>34</sup> ADEKELE Fola, *op. cit.*, p. 144.

<sup>35</sup> UNECA, *op. cit.*, p. 35.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>37</sup> COMESA, *Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area*, adopté le 23 mai 2007, (visité le 15 janvier 2021), disponible sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3092/download>.

<sup>38</sup> MUCHLINSKI Peter, *The COMESA Common Investment Area: Substantive Standards and Procedural Problems in Dispute Settlement*, 2008, (visité le 7 décembre 2020), disponible sur : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1698209](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1698209), p. 33.

<sup>39</sup> SEATZU Francesco, VARGIU Paolo, « Africanizing Bilateral Investment Treaties ('Bits'): Some Case studies and Future Prospects of A Pro-Active African approach to International Investment », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 30, no. 2, 2015, p. 157.

<sup>40</sup> MANN Howard, *The SADC MODEL BIT Template: Investment for Sustainable Development*, 30 octobre 2012, (visité le 26 octobre 2020), disponible sur : <https://www.iisd.org/itn/fr/2012/10/30/the-sadc-model-bit-template-investment-for-sustainable-development/>.

Deuxièmement, non seulement les textes précités souhaitent attirer des investisseurs, mais la plupart d'entre eux soutient également la promotion de développement durable en matière d'investissements<sup>41</sup>. Il est dit à l'art. 1 du Modèle TBI SADC dans sa version de 2012 que : « l'objectif principal du présent accord est d'encourager et d'accroître les investissements [entre les investisseurs d'un Etat partie sur le territoire de l'autre Etat partie] qui soutiennent le développement durable de chaque partie, et en particulier de l'Etat d'accueil où un investissement doit être situé »<sup>42</sup>. Le développement durable est ainsi au cœur de la vision de ce modèle type et celle-ci est suivie tout au long du texte. La réflexion sur le développement durable s'étend donc du début jusqu'à la fin du modèle<sup>43</sup>. Il en est de même pour la CEDEAO, car d'après l'art. 3 de son Acte additionnel, promouvoir l'investissement qui soutient le développement durable de la région est l'objectif principal.

En bref, on trouve sur le continent africain des textes ou accords types « qui cherchent à donner le ton et à guider l'émergence de cadres juridiques complets »<sup>44</sup> tout en apportant des conceptions modernes par rapport à ce qui a pu être constaté dans le reste du monde.

## **2. Les faiblesses quant aux standards de traitement et aux règlements de différends**

Malgré les quelques caractéristiques communes dans le régime des investissements des différentes CER, on ne peut passer outre les incohérences régionales, notamment en matière des standards de traitements des investisseurs et investissements ou encore des mécanismes de règlements de litiges, affaiblissant le progrès du droit international des investissements en Afrique.

En premier lieu, en ce qui concerne les différents standards de traitement, il faut savoir que le principe du traitement national consiste à ce que l'on ne traite pas l'investisseur étranger de manière moins favorable à l'investisseur et l'investissement nationaux<sup>45</sup>. Néanmoins, rien ne stipule que l'investisseur étranger ne puisse être mieux traité que l'investissement ou

---

<sup>41</sup> MBENGUE Makane Moïse, *Un Code panafricain d'investissement pour promouvoir le développement durable*, *op.cit.*

<sup>42</sup> SADC, *Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>43</sup> MANN Howard, *op. cit.*

<sup>44</sup> PÁEZ Laura, *op.cit.*, p. 400.

<sup>45</sup> DE BRABANDERE Eric, « Fair and Equitable Treatment and (Full) Protection and Security in African Investment Treaties Between Generality and Contextual Specificity », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, no. 3, 2017, p. 533.

l'investisseur nationaux. Ce principe est rejeté par la doctrine Calvo. Cette doctrine se veut être contre l'idée d'un droit international coutumier et d'un droit international de la protection de l'investissement étranger<sup>46</sup>. L'investisseur étranger doit donc être traité de la même manière que l'investisseur national. Les conditions favorables ou défavorables doivent l'être pour tous si l'on suit cette doctrine. Les clauses de traitement national de la plupart des traités africains suivent exactement le modèle américain, lequel prévoit que l'exigence du traitement national s'appliquerait à toutes les phases de l'investissement, ce qui est critiquable et non recommandable pour un pays en voie de développement<sup>47</sup>. Un Etat africain, par exemple, signant un TBI avec les États-Unis d'Amérique s'engagera avant même que l'investisseur américain ne s'établisse dans l'Etat hôte partie. L'art. 17 de l'Accord ZICC reprend mot pour mot l'art. 3 du modèle américain en ce sens que : « chaque Etat membre accorde aux investisseurs du COMESA et à leurs investissements un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs et à leurs investissements en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, l'exploitation et la cession d'investissements sur son territoire ». Néanmoins, l'interprétation de cette notion de « circonstances analogues » sera déterminée au cas par cas et au regard de certains critères selon l'art. 17 para. 2 de l'Accord ZICC. Contrairement à l'exemple du COMESA, la CEDEAO reconnaît le traitement national à partir de la deuxième phase de l'investissement, soit à la phase post-établissement, selon l'art. 5 de l'Acte additionnel. Le texte explique également que l'examen du traitement dans des « circonstances analogues » doit se faire au cas par cas.

En outre, s'agissant de la clause de traitement de la nation la plus favorisée, celle-ci ne traite que de la comparaison entre les investisseurs étrangers et diffère donc de la clause sur le traitement national. Cela étant dit, de nombreux traités comprennent ces deux éléments : « le traitement national qui exige la non-discrimination entre les investisseurs nationaux et étrangers ; et le traitement de la nation la plus favorisée qui exige la non-discrimination entre les différents investisseurs étrangers »<sup>48</sup>. La clause de la nation la plus favorisée est applicable si elle est prévue dans un traité. Cette clause n'a pas nécessairement d'application générale et ne régit pas

---

<sup>46</sup> MBENGUE Makane Moïse, « « La loi des nations est faite de fer ? » Reconnaissance et « décolonisation » du droit international des investissements », in Geslin Albane et Tourme Jouannet Emmanuelle (eds.), *Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international ?*, Droit international comparé et européen, Aix-en-Provence, 2019, p. 100.

<sup>47</sup> UNITED STATES, U.S. Model Bilateral Investment Treaty, 2012, (visité le 3 décembre 2020), disponible sur : <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>, art. 3.

<sup>48</sup> SADC, *Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, op. cit., p. 21.

tous les aspects des investissements étrangers, tout dépend de la formulation prévue. La question qui peut se poser est notamment de savoir si le traitement non discriminatoire entre les investisseurs étrangers ne concerne qu'un traitement substantiel ou cela comprend également un traitement procédural. Au regard du droit international coutumier la question reste controversée. Tant le COMESA que la CEDEAO ont inclus dans leurs accords respectifs (art. 19 Accord ZICC et art. 6 de l'Acte additionnel) la clause de la nation la plus favorisée alors qu'il en est autrement de la SADC et de la CAE. Le modèle TBI SADC prévoit une clause de traitement national avec certaines exceptions telle que l'exclusion de tout avantage accordé à un investisseur, en raison d'autres accords internationaux relatifs à l'investissement (art. 4 para. 5). Il a été cependant recommandé aux Etats membres d'inclure la clause de la nation la plus favorisée uniquement dans le cadre de TBI pour éviter une multilatéralisation involontaire<sup>49</sup>. Le EAC MIC contient plusieurs dispositions, couvrant le traitement national (partie II section 5 EAC MIC) mais a exclu la clause de la nation la plus favorisée.

Enfin, en matière du traitement juste et équitable des investisseurs, certains accords tels que l'Acte additionnel de la CEDEAO ou l'Accord ZICC (respectivement art. 7 et art. 14) se fondent sur le droit international coutumier alors que d'autres comme le EAC MIC ne possèdent pas une telle disposition. Le Modèle TBI de la SADC, quant à lui, propose ces deux alternatives à l'art. 5 car : « la disposition relative au traitement juste et équitable est, là encore, très controversée. Le comité de rédaction a recommandé de ne pas l'inclure dans un traité en raison des interprétations très larges figurant dans un certain nombre de décisions arbitrales »<sup>50</sup>. Cette clause, laquelle est d'ailleurs une des plus importantes dans les TBIs traditionnels, étant la plus invoquée dans les litiges en droit international des investissements, est capable de sanctionner de nombreuses activités de l'Etat d'accueil qui interfèrent avec les droits de propriété des investissements<sup>51</sup>. On comprend alors que cette disposition peut désavantager les Etats hôtes africains.

En second lieu, l'on peut reprocher aux CER qu'elles ne sont pas toutes sur la même longueur d'ondes s'agissant des mécanismes de règlements des différends. Certains Etats membres des CER réfutent les mécanismes d'arbitrage alors que d'autres les préconisent. Le EAC MIC par

---

<sup>49</sup> SADC, *Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> EJIMS Okechukwu, « The 2016 Morocco–Nigeria Bilateral Investment Treaty: More Practical Reality in Providing a Balanced Investment Treaty? », *ICSID Review*, vol. 34, no. 1, 2019, p. 70.

exemple met en avant l'arbitrage et la promotion du système du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), art. 15 al. 3 EAC MIC. Il ne prévoit pas de dispositions quant à la transparence des procédures. En revanche, en cas de différends entre un investisseur et un Etat ou entre plusieurs Etats, l'art. 31 de l'Acte additionnel de la CEDEAO appelle les Etats membres à « renégocier tous les accords d'investissement existants qui ne sont pas compatibles avec l'Acte et de veiller à ce que tous les futurs accords d'investissement signés par les Etats membres soient en conformité avec ledit Acte [...] »<sup>52</sup>. Les parties peuvent utiliser des degrés distincts de mécanismes de règlements de litiges (art. 33). Tel est le cas de la conciliation ou la médiation dans des centres nationaux (art. 33 para. 2), ou l'on peut encore agir auprès d'une juridiction nationale (art. 33 para. 6) ou de la Cour de Justice de la CEDEAO (art. 33 para. 7). Cependant, il n'y a pas de renvois explicites à la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) ni au CIRDI. Le recours aux institutions internationales est ainsi mis de côté, mais il est fait mention de transparence des procédures de règlements de litiges.

Quant à la SADC, l'Annexe I du PFI de 2006 prévoit à l'art. 28 que : « les différends entre investisseurs et Etats doivent en premier lieu être jugés par un tribunal compétent du pays d'accueil et peuvent seulement ensuite faire l'objet d'un arbitrage international. Les parties en litige peuvent décider de renvoyer l'affaire devant le Tribunal de la SADC, le CIRDI, ou un comité d'arbitrage en vertu des règles de la [CNUDCI] »<sup>53</sup>. Or, dans le Modèle de TBI, il est recommandé de ne pas inclure l'arbitrage entre investisseurs et Etats et ce essentiellement à cause d'une certaine inquiétude croissante des pays en développement face à la croissance du secteur de l'arbitrage dans ce domaine<sup>54</sup>.

Puis, s'agissant du COMESA, l'Accord ZICC de 2007 met en avant l'arbitrage dans les cas de litiges entre Etats ou investisseur et Etat art. 27ss. L'investisseur d'un Etat membre du COMESA peut soumettre une affaire à l'arbitrage du tribunal compétent soit de l'Etat où l'investissement a été réalisé, soit de la Cour de justice du COMESA, ou encore à l'arbitrage international par le système CIRDI, les règles de la CNUDCI, ou de toute autre institution d'arbitrage convenue par les deux parties<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> UNECA, *Op.cit.*, p. 36.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>54</sup> MANN Howard, *op. cit.*

<sup>55</sup> UNECA, *Op.cit.*, p. 38.

Par conséquent, au regard de ces quelques initiatives africaines avérées, nous constatons la volonté des communautés régionales d'établir une réelle harmonisation dans le régime africain des investissements. Nous pouvons à ce stade réaffirmer que nous sommes confrontés à un « laboratoire » d'instruments juridiques foisonnant plusieurs clauses et modalités tant équivalentes et ingénieuses que divergentes et hasardeuses.

## **B. Un champs d'action limité ?**

Au vu des considérations qui précèdent, nous pouvons nous demander s'il y a un réel intérêt d'élaborer un modèle-type de traité d'investissement au niveau continental. Les tentatives régionales ne dévoilent-elles pas un champ d'action limité ? En effet, il y a de nombreux enjeux à surmonter. Certaines pratiques élaborées par les CER sont à prendre et d'autres à laisser, désavantageant la régionalisation du droit international des investissements.

D'un côté, nonobstant la pertinence des instruments juridiques régionaux, certains Etats membres ne suivent pas forcément ce que prévoit les accords et modèles types, car l'« handicap majeur » est leur nature *soft law*, non contraignante<sup>56</sup>. En d'autres termes, les CER ne peuvent faire appliquer des réglementations et une politique cohérente en matière d'investissements, car cela dépend de la volonté des Etats membres<sup>57</sup>. Cela est une faiblesse et il est donc difficile de pouvoir assurer un climat harmonieux d'investissements avec de simples modèles n'engageant pas les Etats à employer des mesures adéquates pour les investissements étrangers. Les Etats africains suivent, peut-être malgré eux, une approche provenant de pays développés, occidentaux. La force de persuasion est donc faible lorsque le traité international ne lie pas les Etats, créant également certaines contradictions entre les niveaux nationaux et régionaux. C'est le cas par exemple de la CAE laquelle à l'égard de son modèle EAC MIC de 2006 connaît avec certains de ses Etats membres, tels que la Tanzanie ou l'Ouganda, une « divergence des définitions des investisseurs "étrangers" et "locaux" [...] ainsi que des règles d'indemnisation en cas d'expropriation qui varient d'une indemnisation "juste, adéquate et rapide" à une indemnisation "à la valeur du marché", ou simplement à une "indemnisation" »<sup>58</sup>. Un autre exemple de conflit entre les différents niveaux d'ordres juridiques en matière d'investissements,

---

<sup>56</sup> PÁEZ Laura, *op.cit.*, p. 401.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 401.

<sup>58</sup> SSEMMANDA Emmanuel S., SHIKOLI Edmond A., *op. cit.*, p. 187.

se trouve dans le Traité établissant la CAE, lequel exige que les Etats membres respectent leurs obligations internationales, ce qui est large, car cette exigence comprend également les obligations prévues dans les TBIs conclus<sup>59</sup>. Cela ne profite donc pas aux Etats accueillant les investissements, une approche régionale pouvant être limitée, en pratique, à l'échelle bilatérale. On peut ajouter que dépendamment des Etats avec qui les traités bilatéraux sont négociés et conclus, les clauses et régimes peuvent aller dans un sens ou dans un autre. Par exemple, le TBI entre le Bénin membre de la CEDEAO et le Canada datant de 2013<sup>60</sup> « reste un traité basé sur un modèle élaboré par un pays occidental développé, avec tout ce qui en découle en termes de protection des investissements »<sup>61</sup>. Cela s'oppose aux progrès de l'Acte additionnel de la communauté en question, analysés auparavant.

Puis, la conclusion de TBIs est un facteur de compétitivité. Certains acteurs dans le domaine ont des motivations politiques et économiques. De la sorte, un des risques liés à l'élaboration de tels modèles types est le mélange entre le langage juridique et le langage politique<sup>62</sup>. Pourtant, rien ne prouve explicitement que les traités d'investissement aident réellement le développement des investissements étrangers dans un Etat<sup>63</sup>.

Ces quelques éléments-là illustrent bien les problématiques et limites pouvant empêcher le bon établissement d'un traité-type continental opérant en matière d'investissements.

D'un autre côté, plusieurs éléments laisseraient supposer qu'il est préférable qu'un texte continental soit mis en place afin de pouvoir surpasser les limites régionales. A titre d'exemple, la plupart des Etats africains, sont simultanément membres de plusieurs CER. Parmi la cinquantaine d'Etats présents en Afrique, presque trente sont membres de deux CER et vingt de trois communautés à la fois. Ces engagements multiples, se chevauchant, rendent inefficaces les efforts d'intégration de l'Afrique en matière d'harmonisation des investissements.<sup>64</sup> En relevant ce problème, la SADC, le COMESA et la CAE ont d'ailleurs, en octobre 2015, lancé

---

<sup>59</sup> SSEMMANA Emmanuel S., SHIKOLI Edmond A., *op. cit.*, p. 175.

<sup>60</sup> TBI Bénin-Canada, *Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Benin for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, adopté le 09 janvier 2013, (visité le 15 janvier 2021), disponible sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/438/download>.

<sup>61</sup> SEATZU Francesco, VARGIU Paolo, *op. cit.*, p. 167.

<sup>62</sup> UNECA, *op.cit.*, p. XI.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>64</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Special Focus Issue: Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law », *ICSID Review*, vol. 34, no. 2, 2019, pp. 466-467.

la Zone de libre-échange tripartite (ZLET) COMESA-CAE-SADC, dans l'espoir de renforcer les processus d'intégration régionale et continentale, résoudre les problèmes posés par les adhésions multiples et faciliter les investissements transfrontaliers<sup>65</sup>. L'on comprend ainsi que la réunification coordonnée de plusieurs régions est nécessaire.

Par ailleurs, les initiatives régionales ont su dévoiler une solide volonté des Etats africains de pouvoir atteindre le statut de « *rules-makers* »<sup>66</sup>, mais certaines étapes doivent encore être accomplies et cela sera possible notamment par une vision continentale<sup>67</sup>. Le Code Panafricain des investissements devrait dès lors considérer toutes les meilleures résolutions déjà entreprises par les CER.

En outre, « la plupart des pays demandent une révision des accords qu'ils ont signés il y a plusieurs années afin qu'ils soient plus compatibles avec leur stade de développement économique actuel »<sup>68</sup>. Une grande partie de ces Etats « estime que le Code des investissements panafricain fournira de précieux conseils aux pays pour la négociation d'accords d'investissement, y compris les TBI, et permettra de résoudre certains enjeux spécifiques au domaine des investissements. »<sup>69</sup>

En résumé, le résultat sortant de ce « laboratoire » d'initiatives régionales préconiserait de mettre en avant un accord unique plus précis, de préférence liant les Etats, et allant au-delà des simples frontières nationales et régionales, car « ces différents niveaux d'engagements juridiques soulèvent de nombreux problèmes, notamment en ce qui concerne leurs interactions, et l'incertitude quant aux règles applicables constitue une difficulté importante pour les investisseurs en Afrique »<sup>70</sup>. Une prise en main continentale pour réglementer les investissements étrangers en Afrique semblerait alors être une réelle valeur ajoutée<sup>71</sup>.

---

<sup>65</sup> DENTERS Erik et GAZZINI Tarcisio, « The Role of African Regional Organizations in the Promotion and Protection of Foreign Investment », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, no. 3, 2017, p. 472.

<sup>66</sup> ALSCHNER Wolfgang et SKOUGAREVSKIY Dmitriy, *Rule-takers or rule-makers? A new look at African bilateral investment treaty practice*, 7 juin 2016, (visité le 1<sup>er</sup> décembre 2020), disponible sur : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2791474](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2791474).

<sup>67</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Special Focus Issue: Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law », *op. cit.*, p. 480.

<sup>68</sup> UNECA, *Op. cit.*, p. 44.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>70</sup> MBENGUE Makane Moïse, *Un Code panafricain d'investissement pour promouvoir le développement durable*, *op. cit.*

<sup>71</sup> *Ibid.*

## II. L'émergence d'une approche continentale : Le Code panafricain des investissements et ses nouvelles tendances

Est-il plausible de concevoir une approche continentale pour régler le droit international des investissements en Afrique ? C'est le défi que s'est lancé l'UA en adoptant, à la fin de l'année 2016, le Code Panafricain des investissements<sup>72</sup>. La volonté était de pouvoir rédiger un texte juridique sophistiqué, découlant du point de vue des pays en développement et des pays les moins avancés, tout en se focalisant sur des objectifs de développement durable<sup>73</sup>. En effet, les principaux acteurs dans le domaine des investissements en Afrique regrettent la négociation et la conclusion de TBIs en vigueur ne prenant pas assez en compte la complexité des enjeux socio-économiques et des politiques nationales de développement<sup>74</sup>.

Dans l'optique de pouvoir combler ces lacunes, tout en gardant à l'esprit les meilleures caractéristiques avancées par certains travaux régionaux, le CPAI voit le jour. Pour certains auteurs, le Code fait partie de la lignée des instruments juridiques les plus innovants, inscrits dans le contexte de la redéfinition du droit international des investissements<sup>75</sup>. Ses qualités, malgré ses quelques imperfections, font de ce Code la réglementation d'investissement intra-africaine la plus dominante qui pourrait « façonner le paysage africain voire le reste du monde »<sup>76</sup>. De ce fait, nous pouvons raisonnablement nous demander dans quelles mesures les dispositions de ce Code sont-elles innovantes ? Quels sont ses apports pour le régime juridique des investissements du continent africain ?

### A. L'élaboration du Code panafricain des investissements

En réaction notamment à la prolifération de TBIs et des différentes incohérences provenant des initiatives régionales en Afrique, les ministres des Etats membres de l'UA, chargés de

---

<sup>72</sup> UNION AFRICAINE, *Projet Code Panafricain des investissements*, adopté le 31 décembre 2016, (visité le 18 novembre 2020), disponible sur : [https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-projet\\_code\\_panafricain\\_dinvestissements\\_decembre\\_2016.pdf](https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-projet_code_panafricain_dinvestissements_decembre_2016.pdf).

<sup>73</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, "Africa and the Rethinking of international Investment Law: About the Elaboration of the Pan-African Investment Code" in Roberts Anthea, Stephan Paul B., Verdier Pierre-Hugues et Versteeg Mila (eds.), *Comparative International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 547.

<sup>74</sup> UNECA, *op.cit.*, p. 44.

<sup>75</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, "Africa and the Rethinking of international Investment Law: About the Elaboration of the Pan-African Investment Code", *op. cit.*, p. 547.

<sup>76</sup> KIDANE Won, *op. cit.*, p. 564.

l'intégration, de l'économie et des finances se sont réunis en mai 2008 en Côte d'Ivoire et ont pris la décision de rédiger un Code panafricain des investissements pour « favoriser les flux d'investissements transfrontaliers en Afrique »<sup>77</sup>. La décision a ensuite été approuvée par les chefs d'Etat et de gouvernement de l'UA en Égypte en 2008.

Il en a fallu presque une décennie de consultations et de réunions d'acteurs dans le domaine pour parfaire la rédaction du Code. L'UA s'est armée spécialement d'experts africains indépendants, provenant notamment du milieu académique et de secteurs privés, ou encore d'experts représentants des CER africaines. De ce fait, l'élaboration du Code s'est déroulée en plusieurs phases.

A titre liminaire, un premier projet a été rendu, une fois toutes les meilleures pratiques effectuées dans le domaine répertoriées<sup>78</sup>. Durant l'année 2015, la finalisation du Code, constituant une phase décisive, s'est également divisée en plusieurs parties. Deux réunions d'experts, dans la même année se sont donc déroulées au mois de mai en Tunisie et au mois de septembre à Maurice. En décembre, lors d'une réunion continentale en Ouganda, les représentants des Etats membres de l'UA ont ensuite examiné le travail accompli par les experts<sup>79</sup>.

Somme toute, en mars 2016 à Addis-Abeba en Éthiopie, les ministres mandatés par les Etats membres de l'UA approuvent le Code panafricain des investissements. Un retournement de situation se produit, cependant, au mois de novembre de la même année à Nairobi, lorsque les représentants gouvernementaux décident d'adopter le Code Panafricain des investissements comme un simple modèle non contraignant<sup>80</sup>. Ce choix est tout à fait critiquable car il est avant tout politique et va à l'encontre de la volonté initiale et des recommandations requises par les experts en droit, indépendants, prévoyant que le Code devait lier juridiquement les Etats africains<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> KANE Mouhamadou M., *The Pan-African Investment Code: a good first step, but more is needed*, 15 Janvier 2018, (visité le 18 novembre 2020), disponible sur : <http://ccsi.columbia.edu/files/2016/10/No-217-Kane-FINAL.pdf>.

<sup>78</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Un Code panafricain d'investissement pour promouvoir le développement durable », *op.cit.*

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Africa and the Rethinking of international Investment Law: About the Elaboration of the Pan-African Investment Code », *op. cit.*, p. 550.

<sup>81</sup> *Ibid.*

D'un côté, les réflexions précédentes que nous avons émises, au regard des quelques modèles régionaux de traités d'investissement existants, nous rappellent que différents problèmes peuvent survenir lorsqu'un tel texte juridique est de nature *soft law*. Il était par exemple prévu qu'en cas de conflits entre le CPAI et les instruments régionaux africains ou TBIs intra-africains préétablis, le Code prévaudrait, garantissant ainsi une cohérence et une sécurité juridique à l'échelle du continent<sup>82</sup>. Cette disposition, pourtant prépondérante, a été remplacée en invitant tout simplement les Etats membres des CER à tenir compte autant que possible des dispositions prévues par le modèle dans les futures conclusions de nouvel accord (art. 3 CPAI).

D'un autre côté, les Etats peuvent trouver de nombreux avantages économiques politiques et juridiques lorsqu'un simple modèle de traité d'investissement est adopté<sup>83</sup>. Cela a dès lors suscité de nombreux débats<sup>84</sup>.

Il est vrai que la dénomination de « Code » avait créé quelques confusions lors des diverses réunions<sup>85</sup>. Pourtant, l'art. 2 para. 1 let. a de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, définit la notion de traité de la manière suivante : « l'expression «traité» s'entend d'un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière ». Dans le cas d'espèce, le CPAI prévoyait à son art. 51, que le Code entrerait en vigueur après sa signature et sa ratification par au moins quinze (15) Etats membres. C'est un accord écrit, possédant des règles internationales sur la protection et le traitement des investissements dans les pays africains. Cela remplit donc bien les conditions de traité allant au-delà de la dénomination de « Code ».

Ce qui aurait pu conduire les ministres africains, qui ont initialement demandé l'élaboration du Code, à ne pas adopter un instrument juridique contraignant serait notamment l'incapacité des Etats à modifier leur législation et leurs lois internes sans engager leur responsabilité

---

<sup>82</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Un Code panafricain d'investissement pour promouvoir le développement durable », *op. cit.*

<sup>83</sup> IISD, *Webinaire : Développer un modèle de traité d'investissement : opportunités et défis*, 10 décembre 2018, (visité le 7 décembre 2020), disponible sur : <https://www.iisd.org/events/webinar-developing-model-investment-treaty-opportunities-and-challenges-webinaire-developper>.

<sup>84</sup> CHIDEDE Talkmore, *op. cit.*, p. 447.

<sup>85</sup> HEDAR Amr, *The Legal Nature of the Draft Pan-African Investment Code and its Relationship with International Investment Agreements*, juillet 2017, (visité le 6 décembre 2020), disponible sur : [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2017/07/IPB9\\_The-Legal-Nature-of-the-Draft-Pan-African-Investment-Code-and-its-Relationship-with-International-Investment-Agreements\\_EN.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2017/07/IPB9_The-Legal-Nature-of-the-Draft-Pan-African-Investment-Code-and-its-Relationship-with-International-Investment-Agreements_EN.pdf), p. 2.

internationale<sup>86</sup>. Puis, « certains participants auraient également exprimé des préoccupations sur l'impact potentiel d'un Code contraignant sur les processus de négociation en cours sur la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf) et la Zone de libre-échange tripartite (ZLET) »<sup>87</sup>. Il faut savoir que la ZLECAf vise à renforcer la voix commune de l'Afrique et sa marge de manœuvre dans les négociations commerciales mondiales, en accélérant de manière significative la croissance du commerce intra-africain qui sera moteur de la croissance et du développement durable<sup>88</sup>.

Au final, il faut tout de même retenir que le CPAI, une fois élaboré, a su se distinguer en reformulant des dispositions dites traditionnelles, en en supprimant certaines et surtout en ayant cherché à atteindre un certain équilibre, tout en se focalisant sur le développement du continent africain<sup>89</sup>.

## **B. Un contenu innovateur, une réponse aux besoins du continent ?**

Est-ce que le CPAI est apte à favoriser l'harmonisation du régime des investissements en Afrique ? La doctrine est divisée entre ceux qui soutiennent que la réglementation du droit international des investissements en Afrique devrait se faire au niveau continental par un traité<sup>90</sup> et ceux qui pensent que cela devrait être organisé au niveau régional, par les CER<sup>91</sup>.

Nonobstant le fait que cet instrument juridique ne lie malheureusement pas les Etats africains, il en découle plusieurs objectifs, définitions et stratégies juridiques vertueux dont on peut indubitablement s'inspirer pour réglementer un meilleur développement économique en Afrique. Avec un tel modèle, l'Afrique se dote désormais de ses propres règles d'investissement<sup>92</sup>.

---

<sup>86</sup> HEDAR, Amr, *op. cit.*, p. 3.

<sup>87</sup> UNION AFRICAINE, *Réunion d'experts sur l'examen du Code d'investissement panafricain (CIPA)*, du 30 novembre au 2 décembre 2015, (visité le 7 décembre 2020), disponible sur : [https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-rapport\\_de\\_la\\_reunion\\_dexperts\\_sur\\_lexamen\\_du\\_cipa\\_decembre\\_2015.pdf](https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-rapport_de_la_reunion_dexperts_sur_lexamen_du_cipa_decembre_2015.pdf), p. 3.

<sup>88</sup> UNION AFRICAINE, *Développement du commerce et de l'industrie*, 16 mai 2019, (visité le 23 janvier 2021), disponible sur : <https://au.int/fr/developpement-du-commerce-et-de-lindustrie>.

<sup>89</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Africa as an Investment Rule-Maker: Decrypting the Pan-African Investment Code », *African Yearbook of International Law Online*, vol. 23, no. 1, 2018, p. 84.

<sup>90</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Africa and the Rethinking of international Investment Law: About the Elaboration of the Pan-African Investment Code », *op. cit.*; PÁEZ Laura, *op. cit.*

<sup>91</sup> DENTERS Erik et GAZZINI Tarcisio, *op. cit.*

<sup>92</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Un Code panafricain d'investissement pour promouvoir le développement durable », *op. cit.*

De la sorte, une réelle africanisation du droit international des investissements peut être assurée. L'on peut aussitôt dire que le CPAI souhaite être en accord avec la situation africaine actuelle et future. Les objectifs de développement durable, l'équilibre entre les droits des investisseurs et la protection des Etats hôtes, puis le renouveau dans la conception des règlements des différends, ainsi que l'intégration de dispositions inédites, forment les différents aspects et bienfaits de cette continentalisation et méritent d'être analysés.

## **1. Des objectifs au service de la promotion d'investissements responsables et durables**

A travers le préambule très complet du CPAI, l'on découvre des éléments plus intéressants par rapport à ce que l'on pouvait relever dans les TBIs et AII de base. En effet, l'utilité d'un préambule ne s'arrêtait par exemple qu'à l'explication de la manière dont devaient être interprétés les traités en cas de conflits entre les parties ou les investisseurs et un Etat<sup>93</sup>. Dans le préambule du présent Code il en va autrement. Des prises de position et des objectifs précis sont dès le départ mis en avant.

Au premier abord, il convient de traiter de la promotion du développement durable. L'objectif principal du Code est bien « de promouvoir, de faciliter, et de protéger les investissements qui favorisent le développement durable de chaque Etat membre, et en particulier celui dans lequel l'investissement est réalisé » (art. 1 CPAI). Cela étant indiqué au premier article, l'on comprend que cet objectif d'investissements durables conduit l'essence et l'esprit même du Code. Le continent africain est effectivement confronté à de nombreux challenges économiques, environnementaux et sociaux, rendant l'enjeu du développement durable inévitablement crucial<sup>94</sup>. Le développement durable est « un impératif moral fondamental [...], socle sur lequel peut se réaliser la responsabilité sociale des entreprises, mais aussi celle de l'Etat vis-à-vis des besoins de sa population »<sup>95</sup>. Le préambule, au para. 7 CPAI, démontre que les Etats membres sont tout à fait conscients du rôle joué par les investissements et le secteur privé en matière de développement durable.

---

<sup>93</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Africa as an Investment Rule-Maker: Decrypting the Pan-African Investment Code », *op. cit.*, p. 84; KANE Mouhamadou M., *op. cit.*

<sup>94</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Africa and the Rethinking of international Investment Law: About the Elaboration of the Pan-African Investment Code », *op. cit.*, p. 551.

<sup>95</sup> SERRURIER Enguerrand, *Le code panafricain des investissements : Modèle imparfait d'un droit international économique au service du développement durable*, 11 octobre 2019, (visité le 16 novembre 2020), disponible sur : <https://www.revues.scienceafrique.org/ngabandibolel/texte/serrurier2019/>.

Ces investissements tels que définis par le Code, suivant le « test de Salini »<sup>96</sup>, remplissent les caractéristiques comme l'« activité commerciale importante [...], l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'espoir d'un gain ou d'un profit, la prise de risque, et une contribution significative au développement de l'Etat d'accueil » (art. 4 para. 4 CPAI). Cette condition importante de contribution au développement de l'Etat hôte vise notamment à responsabiliser les investisseurs devant « exercer une activité économique réelle, et de surcroît bénéfique, pour l'Etat hôte [...] »<sup>97</sup>. En ajoutant le critère du développement durable, les investissements souvent perçus comme étant un moyen de soumettre l'intérêt public à des opérations financières privées, s'en retrouvent finalement légitimés<sup>98</sup>. Il est également reconnu aux Etats membres, le droit de pouvoir réglementer toutes les activités liées aux investissements sur leurs territoires notamment en vue de promouvoir le développement durable, (Préambule para. 10 CPAI). Il s'agit donc bien de « responsabiliser l'investissement attendu (et le comportement des investisseurs en conséquence) en ne protégeant que ceux qui contribuent au développement durable »<sup>99</sup>.

Pourtant, pour quelques auteurs, il n'est pas certain que l'Afrique soit prête à élever ces normes relatives aux questions environnementales et sociales, car « les investisseurs du Nord n'ont élevé leurs normes sur les questions environnementales et sociales que relativement récemment, et en grande partie à cause des exigences règlementaires des gouvernements des pays d'origine »<sup>100</sup>. Ce qui est manifeste, c'est qu'« une action concertée »<sup>101</sup> et conjointe pour hausser de telles normes environnementales et durables serait plus efficace en Afrique dans un contexte multilatéral. Le CPAI réalise cela en invitant les 50 Etats membres de l'UA à appliquer ces dispositions précitées relatives au développement durable.

---

<sup>96</sup> *Salini Costruttori S.p.A et Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 juillet 2001, para. 52; MBENGUE Makane Moïse et NEGM Mohamed H., « An African View on the CETA Investment Chapter », in MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie (eds.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Springer, Suisse, 2019, p. 246.

<sup>97</sup> SERRURIER Enguerrand, *op. cit.*

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> NGOBENI Tinyiko, *The relevance of the Draft Pan African Investment Code (PAIC) in Light of the Formation of the African Continental Free Trade Area*, 15 janvier 2019, (visité le 16 novembre 2020) disponible sur : <https://www.afronomicslaw.org/2019/01/11/the-relevance-of-the-draft-pan-african-investment-code-paic-in-light-of-the-formation-of-the-african-continental-free-trade-area/>.

<sup>101</sup> *Ibid.*

Ensuite, « la référence au droit des Etats de réglementer au nom d'un développement durable n'est pas la seule caractéristique intéressante »<sup>102</sup> du CPAI. Il serait en effet trop réducteur de penser cela, car le modèle vise d'autres objectifs tout autant nécessaires à la bonne croissance économique et sociale du continent africain. Par exemple, inciter, au sein des Etats membres, un environnement propice au développement d'un secteur privé dynamique facilitant la création d'emplois, promouvant le transfert de technologie et contribuant efficacement à la lutte contre la pauvreté (para. 8 CPAI), est un autre objectif formulé par les auteurs du modèle, illustrant bien ce propos. Le texte démontre en effet la volonté des Etats membres de surmonter ces obstacles liés au continent africain, tels que le chômage et la pauvreté.

Le préambule met en lumière également d'autres valeurs telles que la transparence et la responsabilité dans la gouvernance ainsi que l'absence totale de corruption (para. 9 CPAI). En effet, « les investissements et les activités liées au commerce constituent l'un de principaux canaux utilisés par les flux financiers illicites et la corruption renforce ces fuites de capitaux [...] » (para. 9 CPAI). De plus, « comme la perception d'instabilité politique et de corruption persiste parmi beaucoup d'investisseurs potentiels en Afrique [...] »<sup>103</sup>, il est primordial pour les Etats d'accueil de pouvoir dès le départ se positionner sur ces dérives, ce que soutient parfaitement le préambule de ce modèle.

En outre, le Code démontre le désir des auteurs de voir « une Afrique dont le développement est conduit par les peuples, puisant dans le potentiel de ses peuples, en particulier de ses femmes et de ses jeunes [...] »<sup>104</sup>. En effet, le préambule met expressément à l'honneur « le rôle crucial joué par les femmes et les jeunes dans le développement de l'Afrique » (para. 12). Pour rappel, « l'indice de parité des sexes du continent reste inférieur à celui d'autres régions du monde, en particulier en ce qui concerne la parité des rémunérations et l'accès à l'autonomisation économique et à la protection sociale »<sup>105</sup>. C'est pourquoi, le chemin emprunté par le Code vers un tel changement de mentalités sur le continent africain, est une évolution ne se faisant point ressentir dans la plupart des TBIs, AII ou modèles de traités en vigueur.

---

<sup>102</sup> KIDANE Won, *op. cit.*, p. 563.

<sup>103</sup> UNECA, *op. cit.*, p. 2.

<sup>104</sup> ONU, « *L'Afrique que nous voulons en 2030, 2063 et au-delà* », *Forum de haut niveau : « Actions et résultats immédiats pour le Programme de développement durable à l'horizon 2030, dans le contexte du premier Plan décennal de mise en œuvre de l'Agenda 2063 pour la transformation de l'Afrique: Opportunités et défis* », 20 avril 2016, (visité le 12 janvier 2021), disponible sur : <https://www.un.org/fr/africa/osaa/pdf/events/20160420/conceptnote.pdf>, p. 4.

<sup>105</sup> ONU, *op. cit.*, p. 4.

*Quid* du rapport entre les investissements et le respect des droits humains ? Il aurait été pertinent de pouvoir retrouver dans le préambule du Code une mention explicite au sujet de la condition *sine qua non* du respect des droits humains dans le cadre des investissements en Afrique. Cela aurait mis en lumière l'importance de la protection de ces droits parfois négligés par les personnes ou compagnies investissant en Afrique<sup>106</sup>. Néanmoins, plus loin dans le Code tel que nous l'examinerons, il est imposé aux investisseurs étrangers des obligations tant négatives que positives notamment en matière de droits de l'homme, et les investissements doivent être régis par les principes de soutien et de respect de la protection des droits de l'homme internationalement reconnus (art. 24 CPAI)<sup>107</sup>.

Par conséquent, en plus d'être au service du développement durable, « en fixant des objectifs autres (tels la lutte contre la corruption, le respect de l'environnement, la protection des droits de l'homme, etc.) on soumet l'investissement étranger à des objectifs légitimes [...] »<sup>108</sup>. Le CPAI réussit donc à transcender les traités traditionnels non seulement avec la poursuite de tels objectifs mais aussi en désirant garantir un certain rééquilibrage entre les investisseurs et les Etats d'accueil, puis l'intérêt public.

## **2. La garantie d'un bon équilibre entre les investisseurs et les Etats d'accueil**

« Les Etats africains ont souvent concédé, sans contrepartie, des largesses aux investisseurs au mépris du droit à l'environnement, à la santé, à l'eau, à l'alimentation et à la sécurité de leurs populations »<sup>109</sup>. En effet, à l'origine de la plupart des TBI existants, la tendance était de pouvoir obtenir de nombreux investissements étrangers pour favoriser le développement économique de l'Etat d'accueil. Les Etats africains, encouragés par l'approche libérale de la Banque Mondiale et du Fonds monétaire international, ont promu les normes traditionnelles de

---

<sup>106</sup> DAGBANJA Dominic N., *The Environment, Human Rights, and Investment Treaties in Africa: A Constitutional Perspective*, 30 janvier 2020, (visité le 24 janvier 2021), disponible sur : [https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-981-13-5744-2\\_88-1](https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-981-13-5744-2_88-1), p. 24.

<sup>107</sup> ADEKELE Fola, *op. cit.*, p. 132.

<sup>108</sup> IISD, *Webinaire : Développer un modèle de traité d'investissement : opportunités et défis*, 10 décembre 2018, (visité le 7 décembre 2020), disponible sur : <https://www.iisd.org/events/webinar-developing-model-investment-treaty-opportunities-and-challenges-webinaire-developper>.

<sup>109</sup> SIPOWO Alain-Guy T., *Une possible conciliation des droits humains et l'investissement : regard sur les principes de la société africaine pour le droit international relatifs à l'investissement international pour le développement durable en Afrique*, 21 novembre 2016, (visité le 12 janvier 2021), disponible sur : <http://www.quidjustitiae.ca/blogue/une-possible-conciliation-des-droits-humains-et-linvestissement-regard-sur-les-principes-de>.

protection des investissements connues aujourd'hui<sup>110</sup>. Les TBIs devaient donc pouvoir attirer les investisseurs avec le moins de contraintes possibles pour ces derniers. Ainsi, l'on peut dire que les investisseurs se sont trouvés être surprotégés par les TBI<sup>111</sup>, les favorisant à l'encontre des Etats d'accueil africains alors affaiblis.

A présent, le CPAI renverse cette pratique de déconsidération des Etats hôtes africains et de leurs populations. La volonté des auteurs du CPAI est notamment de rechercher un certain équilibre entre la protection de l'investissement et l'intérêt public<sup>112</sup>. Cette résolution s'exprime alors de diverses manières. Dans la perspective de pouvoir atteindre ces objectifs honorables précités, le CPAI prévoit entre autres des obligations et des droits pour les Etats hôtes comme pour les investisseurs (art. 2 para. 2 CPAI) et ce à travers une architecture de dispositions tout à fait modérées entre elles.

En premier lieu, le CPAI parvient dans sa structure à coordonner, de manière assez rythmée, les obligations uniques et/ou réciproques de l'investisseur et de l'Etat d'accueil<sup>113</sup>. En effet, une des stratégies juridiques principales pour la garantie d'un bon équilibre entre les investisseurs et les Etats d'accueil peut consister « à incorporer des obligations pour les investisseurs dans les TBIs »<sup>114</sup>. Le Chapitre 4 entier, se trouvant au cœur du présent Code, est l'apport principal relatif aux obligations des investisseurs ressortissants ou non des Etats membres de l'UA (art. 4 para. 5 CPAI). L'art. 19 CPAI de ce chapitre prévoit par exemple les obligations plutôt pratiques, relatives au cadre de la gouvernance d'entreprise. Les investisseurs doivent effectivement « encourager une coopération active entre les entreprises et les actionnaires par la création de richesses, d'emplois et la viabilité d'entreprises financièrement saines ». L'art. 20 CPAI, non exhaustif, attire aux obligations socio-politiques, soit par exemple la non-ingérence des investisseurs « dans les affaires internes, dans les relations intergouvernementales, ainsi que le respect strict attendu [...] de la souveraineté et de la

---

<sup>110</sup> ADEKELE Fola, *op. cit.*, p. 7.

<sup>111</sup> MBENGUE, Makane Moïse, « Les obligations des investisseurs », in DUBIN Laurence, BODEAU-LIVINEC Pierre, ITEN Jean-Louis et TOMKIEWICZ Vincent (eds.), *L'entreprise multinationale et le droit international*, Pedone, Paris, 2017, p. 295.

<sup>112</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Un Code panafricain d'investissement pour promouvoir le développement durable », *op. cit.*

<sup>113</sup> SERRURIER Enguerrand, *op. cit.*

<sup>114</sup> NIKIEMA Suzy, *Série webinaires de l'IISD sur le droit et les politiques d'investissement : développer un modèle de traité d'investissement : opportunités et défis*, décembre 2018, (visité le 3 novembre 2020), disponible sur : <https://www.iisd.org/system/files/material/webinar-developper-un-modele-de-traite-d-investissement-transcription-fr.pdf>.

législation de l'Etat hôte »<sup>115</sup>. Même si cet article peut comporter des termes « vagues et incertains »<sup>116</sup>, non juridiques, il renforce les principes ancrés du droit international, telle que la souveraineté des Etats. L'art. 22 CPAI, quant à lui, réaffirme les objectifs étudiés plus haut de la promotion du développement durable ainsi que la responsabilité sociale et économique des investisseurs. On fait appel à leur « sensibilité » et à leur engagement quant à la réalisation de ces axes directeurs du Code : « les investisseurs, cherchant à atteindre leurs objectifs économiques, s'assurent que ceux-ci ne sont pas en contradiction avec les objectifs de développement social et économique des Etats d'accueil et sont sensibles à ces objectifs. Les investisseurs contribuent au progrès économique, social et environnemental dans le but de réaliser le développement durable des Etats » (art. 22 para. 2 et 3 CPAI). Finalement, d'autres obligations de fond, tels que le respect de la souveraineté des Etats d'accueil quant à leurs ressources naturelles (art. 23 CPAI), ainsi que de l'éthique commerciale et des droits humains (art. 24 CPAI) sont soutenues.

Il faut admettre que le modèle peut dans certains points manquer de fermeté et de mesures directrices, dans le sens que la rédaction de ces dispositions reste « bien classique, [...] un simple conseil inopposable aux investisseurs »<sup>117</sup>. Ces problématiques mentionnées sont pourtant spécifiques à la situation des Etats africains. Par exemple, « l'Afrique continuera certainement à attirer l'investissement étranger dans les prochaines décennies, ne serait-ce qu'en raison de ses nombreuses et précieuses ressources naturelles »<sup>118</sup>. Il est donc primordial d'imposer aux investisseurs des obligations strictes dans ce domaine pour pouvoir éviter tout abus et violation de l'intérêt public.

Il n'en reste que ce texte guidera indéniablement les Etats membres dans leur propre rédaction de TBI et pourront réintégrer ces dispositions de manière plus contraignantes. Cela provoquera, par conséquent, un réel tournant dans la manière dont seront effectués les investissements dans les pays africains.

Par ailleurs, pour rappel, certaines obligations sont, d'une part, partagées entre les investisseurs et les Etats membres et d'autre part uniquement à la charge de ces derniers comme le prévoit

---

<sup>115</sup> SERRURIER Enguerrand, *op. cit.*

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> *Ibid.*

<sup>118</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Un Code panafricain d'investissement pour promouvoir le développement durable », *op.cit.*

l'art. 28 CPAI sur la politique concurrentielle et l'art. 31 CPAI sur la réglementation bancaire par exemple. Au regard de ces obligations horizontales entre les investisseurs et les Etats hôtes<sup>119</sup>, nous pouvons prendre pour exemple les clauses provenant du Chapitre 5 CPAI traitant : de propriété intellectuelle et de savoir traditionnel (art. 25 CPAI), de transfert de technologie (art. 29 CPAI), de protection environnementale (art. 35 CPAI), ou encore les clauses de questions liées au travail (art. 34 CPAI). La démarche de ce chapitre en question est inattendue dans le régime ordinaire du droit international des investissements. Il contient des questions liées aux investissements sortant du cadre habituel, sachant que la plupart des accords et traités dans le domaine « n'interfèrent pas avec la protection des investissements dans d'autres domaines du droit international, comme par exemple le commerce, la finance, la santé et l'environnement, ce qui pourrait nuire à la cohérence systémique du droit international »<sup>120</sup>. Le droit international des investissements ne s'est traditionnellement pas assez penché sur les questions de ressources naturelles, de protection de l'environnement et du bien-être social des Etats d'accueil et ce « même si ces aspects sont directement liés à la plupart des opérations d'investissement dans un pays d'accueil »<sup>121</sup>.

C'est pourquoi, avec ce que l'on peut voir des préoccupations et des principes directeurs reflétés par le CPAI, il est manifeste que la perception des pays en développement change<sup>122</sup>.

En second lieu, le CPAI reconnaît en plus de quelques obligations, également plusieurs exceptions notamment aux normes de traitement des investisseurs et des investissements. Au regard de la notion de la nation la plus favorisée et de la clause du traitement national, analysées précédemment, l'art. 7 para. 1 et 2 et l'art. 9 para. 1 et 2 CPAI prévoient similairement que : « chaque Etat membre accorde aux investisseurs d'un autre Etat membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde, dans des circonstances analogues, aux investisseurs de tout autre Etat membre ou pays tiers eu égard à la gestion, la direction, l'exploitation, l'expansion et la vente ou autre cession d'investissement. Chaque Etat membre accorde aux investissements réalisés par les investisseurs d'un autre Etat membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde, dans des circonstances analogues, aux investissements faits

---

<sup>119</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Africa as an Investment Rule-Maker: Decrypting the Pan-African Investment Code », *op. cit.*, p. 101.

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> *Ibid.*

par des investisseurs de tout autre Etat membre ou pays tiers eu égard à la gestion, la direction, l'exploitation, l'expansion et la vente ou autre cession d'investissement ».

Dans ce cas d'espèce, la protection se déploie seulement à partir du post-établissement des investissements, ce qui est favorable aux Etats africains. Il y a, contrairement à la tendance courante des pays du Nord, un réel rejet des engagements préalables à l'investissement, car de telles dispositions peuvent notamment empêcher un Etat africain de modifier sa législation nationale, si les circonstances le justifient, à la lumière des objectifs nationaux de développement durable<sup>123</sup>. Ces articles apportent donc un certain changement dans la pratique internationale comme l'Acte additionnel de la CEDEAO, examiné auparavant.

De plus, en s'inspirant du COMESA et de son Accord ZICC de 2007, ces mêmes articles établissent à leur paragraphe 3 une liste non exhaustive de « circonstances analogues », sur laquelle on peut se reposer pour effectuer une comparaison adéquate des investissements et des investisseurs. Cela permettrait d'avoir une vue d'ensemble plus claire sur l'évaluation de ce concept souvent repris dans les traités<sup>124</sup>.

Ce qui diffère surtout de la plupart des traités existants, est que les Etats membres peuvent adopter des mesures notamment en vue de protéger ou d'atteindre des objectifs légitimes comme la santé publique, la sécurité et l'environnement, dérogeant au principe de la nation la plus favorisée et le traitement national (art. 8 et 10 CPAI). Ces dérogations à la clause de la nation la plus favorisée et à la clause du traitement national pour promouvoir le « bien être public » sont des exceptions ne constituant donc pas une violation de la part des Etats hôtes. L'art. 10 CPAI va encore plus loin en prévoyant que : « les Etats membres peuvent, conformément à leur législation nationale respective, accorder un traitement préférentiel spécifiquement à certains investissements et investisseurs afin de réaliser leurs objectifs de développement national. [...] Un Etat membre peut refuser d'accorder un traitement national si des avantages sont exclusivement réservés à ses ressortissants dans le cadre de ses programmes de développement national [...] ». Cela renforce le droit de réglementer des Etats hôtes et le droit de prendre des mesures préférentielles, voire discriminatoires pour les investisseurs étrangers, afin notamment de réaliser les objectifs de développement durable<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Africa as an Investment Rule-Maker: Decrypting the Pan-African Investment Code », *op. cit.*, p. 89.

<sup>124</sup> *Ibid.*, pp. 90-91.

<sup>125</sup> SERRURIER Enguerrand, *op. cit.*

Puis, à propos du standard de traitement juste et équitable, la clause n'a même pas été intégrée dans le CPAI. Il y a de nombreux désaccords sur l'utilité de cette dernière et les auteurs du présent Code ont dès lors suivi les recommandations du comité de rédaction du Modèle TBI de la SADC de 2012 en omettant ce standard traditionnel<sup>126</sup>. La raison serait que la norme est susceptible de limiter plus qu'autre chose la liberté réglementaire des Etats hôtes, y compris pour les domaines socialement et écologiquement sensibles<sup>127</sup>. De la sorte, l'omission de cette clause donne un plus grand degré de flexibilité dans la poursuite des objectifs de développement durable<sup>128</sup>. La protection de l'intérêt public et celle des Etats hôtes sont assurés au détriment de la protection des investisseurs auxquels on garantit tout de même une indemnisation adéquate en cas d'expropriation (art. 11 CPAI)<sup>129</sup>.

Au final, « ces articles témoignent de la volonté des rédacteurs du Code d'aboutir à un compromis »<sup>130</sup> entre les investisseurs et les Etats d'accueil, leurs intérêts privés et l'intérêt public. Mais que prévoient-ils lorsqu'un différend s'installe entre ces principaux acteurs en matière d'investissements ?

### 3. La conception des règlements de différends : vers un consensus ?

La version actuelle du CPAI appréhende la possibilité d'utiliser des mécanismes de règlements de différends entre investisseur et Etat (ISDS) (art. 42 CPAI) comme le font d'ailleurs la plupart des AII et TBIs existants<sup>131</sup>. On entend par ISDS : « le règlement des litiges fondés sur des traités par voie d'arbitrage lorsque le demandeur-investisseur peut déposer une plainte directement contre un Etat hôte ; le différend est résolu par un tribunal créé sur une base ad hoc pour le différend ; et les deux parties contestantes, y compris le demandeur-investisseur et l'Etat défendeur, jouent un rôle important dans la sélection du tribunal arbitral »<sup>132</sup>. Dans notre cas particulier, le CPAI permet aux Etats membres d'offrir des ISDS en conformité avec leurs

---

<sup>126</sup> SADC, *Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>127</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Africa as an Investment Rule-Maker: Decrypting the Pan-African Investment Code », *op. cit.*, p. 94.

<sup>128</sup> UNCTAD, *International investment agreements reform accelerator*, 12 novembre 2020, (visité le 4 janvier 2021), disponible sur : [https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d8\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d8_en.pdf).

<sup>129</sup> ADEKELE Fola, *op. cit.*, p. 131.

<sup>130</sup> SERRURIER Enguerrand, *op. cit.*

<sup>131</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Africa as an Investment Rule-Maker: Decrypting the Pan-African Investment Code », *op. cit.*, p. 105.

<sup>132</sup> BREWIN Sarah, « Règlement des différends investisseur-Etat », in MENDEZ-PARRA Max (ed.), *Négociations sur les investissements de l'AfCFTA : Repères sur les concepts*, mai 2020, (visité le 31 décembre 2020), disponible sur : <https://set.odi.org/wp-content/uploads/2020/06/French-version-investment-training-notes-1-1.pdf>, p. 34.

politiques et lois nationales, une « solution intermédiaire aux Etats Africains qui sont soit pro-ISDS, soit anti-ISDS »<sup>133</sup>.

Dès lors, on comprend que dans l'approche du CPAI, il y a un enjeu complexe autour du mode de règlements de différends, en particulier en cas de désaccords entre un investisseur et un Etat hôte. Mais pourquoi est-ce le cas ?

L'arbitrage est sans doute l'une des plus grandes controverses existantes dans le débat actuel sur la réforme des investissements<sup>134</sup>. Les dispositions relatives aux ISDS sont d'ailleurs les seules auxquelles aucun accord précis entre les experts, lors de l'élaboration du modèle, n'a pu être trouvé<sup>135</sup>. Le problème est que « dans le contexte de l'Afrique, surtout, l'arbitrage est vu comme un moyen pour l'investisseur d'échapper à la régulation étatique, ce d'autant que ce moyen de règlement des litiges est parfois imposé par les institutions internationales ou par les partenaires économiques comme conditionnalité à l'aide au développement »<sup>136</sup>. De plus, l'augmentation du nombre d'affaires d'ISDS, le montant souvent très élevé des indemnités et des coûts d'arbitrage ainsi que les interprétations incohérentes des ISDS par les tribunaux d'arbitrage, ont fait naître de nombreuses préoccupations quant au système<sup>137</sup>. En effet, il n'y a pas de système de précédent contraignant dans l'ISDS, engendrant le fait que « les arbitres interprètent les normes de fond de manière conflictuelle, incohérente et imprévisible »<sup>138</sup>. De plus, les Etats ont de faibles possibilités de contester les décisions ou de faire appel, et le mécanisme de contestation de la nomination d'un arbitre (qui n'est parfois pas le plus impartial et le meilleur qualifié) est inefficace<sup>139</sup>.

D'un côté, une majorité des pays africains continue à considérer l'ISDS comme un outil essentiel pour attirer les investisseurs étrangers<sup>140</sup>. Il est généralement admis que les investisseurs étrangers ont peu confiance dans les systèmes judiciaires africains, raison pour

---

<sup>133</sup> CHIDEDE Talkmore, *op. cit.*, p. 445.

<sup>134</sup> KIDANE Won, *op. cit.*, p. 568.

<sup>135</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Africa as an Investment Rule-Maker: Decrypting the Pan-African Investment Code », *op. cit.*, p. 105.

<sup>136</sup> SIPOWO Alain-Guy T., *op. cit.*

<sup>137</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Africa as an Investment Rule-Maker: Decrypting the Pan-African Investment Code », *op. cit.*, p. 105.

<sup>138</sup> BREWIN Sarah, *op. cit.*, p. 34.

<sup>139</sup> *Ibid.*, pp. 34-35.

<sup>140</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Special Focus Issue: Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law », *op. cit.*, p. 473.

laquelle l'ISDS serait une solution appropriée<sup>141</sup>. D'un autre côté, d'autres pays africains comme par exemple l'Afrique du Sud et les Etats membres de la SADC, tels que le démontre l'Annexe I élaboré en 2016 du PFI de la SADC<sup>142</sup>, s'opposent à un tel mode de règlement de différends privilégiant la résolution de litiges Etats-Etats. « Un mouvement de remise en cause de l'arbitrage [...] »<sup>143</sup> est donc entamé dans de nombreux pays.

Les approches modernes du règlement de litige entre investisseurs et Etats proposent pourtant un éventail de résolution de problèmes et réduction de risques pour les ISDS. La rédaction moderne de traités fournit par exemple : le choix de résoudre les différends à l'amiable, un éventuel épuisement de recours internes, un renforcement de processus étatiques en relation avec l'ISDS ou encore un délai de prescription imposé à l'investisseur suite à la violation d'une disposition d'un traité<sup>144</sup>. Quelques traités fournissent également des garanties procédurales, ou proposent aux tribunaux des indications sur les sources du droit applicable à prendre en considération ou peuvent aussi permettre à l'Etat défendeur « de déposer une demande reconventionnelle pour la violation par un investisseur de ses obligations ou de la législation nationale »<sup>145</sup>. Enfin, la prévention des différends, la conciliation, la médiation, les options judiciaires nationales ou régionales et l'arbitrage entre Etats sont aussi des innovations envisagées dans le langage moderne des traités d'investissement<sup>146</sup>. Dans l'optique de pouvoir trouver un consensus, le CPAI reprend donc la plupart de ces nouvelles approches dans sa réglementation de résolution de litiges.

Le Chapitre 6 CPAI propose premièrement une résolution de différends entre Etats membres (art. 41 CPAI), prévoyant plusieurs modes de règlements comme par exemple la médiation ou la négociation, même s'il est reconnu que la tendance des résolutions de litiges à l'amiable n'est pas encore spécifique aux Etats africains<sup>147</sup>. Dans l'hypothèse où les Etats membres souhaiteraient recourir à l'arbitrage, les rédacteurs du CPAI ont considéré que cette procédure

---

<sup>141</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Africa as an Investment Rule-Maker: Decrypting the Pan-African Investment Code », *op. cit.*, p. 106.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 106; SADC, *Accord portant Amendement de l'Annexe I (coopération en matière d'investissement) du protocole sur la finance et l'investissement*, publié le 17 mai 2017, (visité le 5 janvier 2021), disponible sur: [https://www.sadc.int/files/9114/9500/6488/Agreement\\_Amending\\_Annex\\_1\\_-\\_Cooperation\\_on\\_investment\\_-\\_on\\_the\\_Protocol\\_on\\_Finance\\_Investment\\_-\\_French\\_-\\_2016.pdf](https://www.sadc.int/files/9114/9500/6488/Agreement_Amending_Annex_1_-_Cooperation_on_investment_-_on_the_Protocol_on_Finance_Investment_-_French_-_2016.pdf).

<sup>143</sup> SIPOWO Alain-Guy T., *op. cit.*

<sup>144</sup> BREWIN Sarah, *op. cit.*, p. 36.

<sup>145</sup> *Ibid.*, pp. 37-39.

<sup>146</sup> *Ibid.*, pp. 36-40.

<sup>147</sup> NGWE Marie-Andrée et DELIGNY Marion M., « Special focus issue : La propension des Etats africains à résoudre leurs litiges d'investissement à l'amiable », *ICSID Review*, vol. 34, no. 2, 2019, p. 409.

devait être menée par « tout centre africain public ou alternatif » (art. 41 para. 1 CPAI). Traditionnellement, le renvoi des différends à des organes d'arbitrage internationaux est justifié par le fait que les institutions des Etats d'accueil peuvent ne pas respecter l'Etat de droit ou être inefficaces dans le traitement de différends complexes<sup>148</sup>. Ainsi, « en veillant à ce que l'arbitrage ait lieu sur le continent, on espère encourager les institutions d'arbitrage en Afrique »<sup>149</sup>, telle que la création d'une Cour d'arbitrage de l'UA<sup>150</sup>.

Deuxièmement, l'art. 42 CPAI concernant le ISDS ne dispose pas d'une approche harmonisée, car il « s'en remet aux Etats d'accueil pour résoudre les litiges conformément à leurs propres lois. Cela peut favoriser la concurrence entre les Etats d'accueil, certains Etats pouvant se présenter comme des destinations d'investissement plus sûres et meilleures »<sup>151</sup>. Il est tout de même déployé toute une procédure à suivre en cas d'ISDS : « les différends entre les investisseurs et les Etats membres relatifs aux accords spécifiques réagissant leurs relations seront réglés conformément à ces accords. Lorsqu'un différend survient entre un investisseur et un Etat membre concernant un investissement aux termes du présent Code, l'investisseur et l'Etat membre s'efforcent, dans un premier temps, de le résoudre pendant une période maximum de six (6) mois, par voie de consultations et de négociations, pouvant inclure le recours à la médiation non contraignante d'une tierce partie ou d'autres mécanismes. Si les consultations échouent, le différend peut être soumis à l'arbitrage, sous réserve des lois applicables de l'Etat d'accueil et/ou de l'accord des parties ainsi que de l'épuisement des voies de recours internes. Lorsqu'il est fait application des dispositions de [la let. b], l'arbitrage peut être mené par tout centre africain public ou privé de résolution des différends. L'arbitrage est régi par les règles de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) » (art. 42 para. 1, let. a-d CPAI). Même si pour certains auteurs cette disposition ne semble pas être claire<sup>152</sup>, le CPAI y aborde tout de même les nouvelles tendances avancées plus haut, comme par exemple l'épuisement de recours internes, prévu par les lois de l'Etat d'accueil, avant que l'investisseur ne puisse recourir à l'arbitrage (utilisé donc en dernier ressort)<sup>153</sup>. Puis, si l'investisseur a recours à l'arbitrage, là aussi le recours à des institutions

---

<sup>148</sup> EJIMS Okechukwu, *op. cit.*, p. 80.

<sup>149</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, "Africa and the Rethinking of international Investment Law: About the Elaboration of the Pan-African Investment Code" *op. cit.*, p. 566.

<sup>150</sup> *Ibid.*

<sup>151</sup> NGOBENI Tinyiko, *op. cit.*

<sup>152</sup> KIDANE Won, *op. cit.*, p. 568.

<sup>153</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, "Africa and the Rethinking of international Investment Law: About the Elaboration of the Pan-African Investment Code" *op. cit.*, p. 566.

africaines publiques ou privées, ainsi qu'aux règles de la CNUDCI (et ce peu importe l'administration d'arbitrage élue) est appliqué.

Troisièmement, le modèle met en place une disposition quasi inexistante dans la plupart des traités<sup>154</sup>, sur les demandes reconventionnelles par les Etats membres dans le cas où un investisseur ou son investissement ne s'est pas acquitté de ses obligations en vertu du Code ou d'autres principes et règles pertinents du droit national et international (art. 43 CPAI).

En bref, nous pouvons constater que le CPAI reste assez large dans sa conception de règlement de litiges, le but étant de pouvoir poursuivre une vision collective entre les Etats membres. Néanmoins, il ne fait nul doute que le modèle reste moderne en comparaison aux TBIs et AIIIs de base, en intégrant les nouvelles réformes et aspects initiateurs dans son texte notamment en matière de ISDS.

En définitive, le CPAI est une « entreprise ambitieuse couvrant un grand nombre de questions liées à l'investissement [...] »<sup>155</sup> et abordant un contenu atypique allant au-delà de la simple protection des investissements. En effet, ses caractéristiques innovantes et élaborées détonnent avec ce que l'on peut voir habituellement dans le régime international d'investissement, en miroitant une « moralité publique »<sup>156</sup> nécessaire quant à la responsabilité sociale, l'environnement et les investissements durables en Afrique. Paradoxalement, le modèle « ne sous-estime pas la nécessité d'attirer et de faciliter l'investissement étranger en Afrique, mais cela ne doit pas pour autant éclipser l'objectif de développement durable à long terme »<sup>157</sup>. Le Code parvient alors à assurer un agencement étonnant entre l'espace réglementaire des Etats et la protection offerte aux investisseurs<sup>158</sup>. Puis, le mécanisme ISDS a été intégré en respectant les pratiques de chaque Etat membre, tout en arborant quelques nouvelles réformes d'arbitrage. Le CPAI a su renforcer la défense des Etats d'accueil en leur permettant d'introduire des demandes reconventionnelles contre les investisseurs<sup>159</sup>. L'idée même d'une Cour d'arbitrage

---

<sup>154</sup> CHIDEDE Talkmore, *op. cit.*, p. 446.

<sup>155</sup> MACLEOD Jamie, « Un aperçu du PAIC en relation avec le Protocole d'investissement de l'AfCFTA », in MENDEZ-PARRA Max (ed.), *Négociations sur les investissements de l'AfCFTA : Repères sur les concepts*, May 2020, (visité le 31 décembre 2020), disponible sur : <https://set.odi.org/wp-content/uploads/2020/06/French-version-investment-training-notes-1-1.pdf>, p. 31.

<sup>156</sup> KIDANE Won, *op. cit.*, p. 565.

<sup>157</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Un Code panafricain d'investissement pour promouvoir le développement durable », *op.cit.*

<sup>158</sup> ADEKELE Fola, *op. cit.*, p. 131.

<sup>159</sup> UNCTAD, *Reforming investment dispute settlement: a stocktaking*, Mars 2019, (visité le 4 janvier 2020), disponible sur : [https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2019d3\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2019d3_en.pdf).

de l'UA dont les décisions finales lieraient les parties est avancée<sup>160</sup>. En bref, ce modèle est un pari réussi dans la mesure où il répond en grande partie aux besoins du continent africain.

Dans l'hypothèse où les directives de ce code-type sont adroitement suivies par les Etats africains, dans leurs négociations de TBI par exemple, des changements majeurs dans la pratique du droit international des investissements pourront survenir. Au niveau mondial, le contexte actuel du droit international des investissements s'inscrit dans une période d'examen et de révision d'accords et de traités. De nombreuses discussions et négociations au sujet des nouvelles réformes sont entreprises par les pays et régions ainsi que les organisations internationales gouvernementales et ONG. Il en ressort d'abondantes interrogations quant à « la reformulation de certaines normes contenues dans les TBIs, l'inclusion des préoccupations sociétales, ou la redéfinition des mécanismes de règlement des différends entre les investisseurs et Etats »<sup>161</sup>. Ces débats internationaux ont justement été reflétés dans l'élaboration du CPAI, comme nous avons pu le remarquer. Bien que la plupart des TBIs et AII du monde reproduisent principalement les modèles européens et nord-américains, il serait intéressant de voir une tendance menant les Etats et organisations internationales à s'inspirer des solutions proposées par le CPAI, les pays du Sud. D'autant plus, que si ce texte avait été contraignant, cela aurait touché impérativement tous les futurs investisseurs étrangers investissant dans les Etats membres de l'UA (art. 4 para. 5 CPAI). L'impact irait alors en dehors des frontières du continent africain et deviendrait mondial.

Néanmoins, au-delà de ses vertus, nous ne pouvons nier les quelques imperfections apparentes du modèle. En effet, tel que le soutiennent plusieurs auteurs dans la doctrine, le CPAI nécessite encore d'être reformulé<sup>162</sup>. Le caractère *soft law* du modèle est sa plus grande faiblesse. Pourtant, rien n'est perdu, car comme l'a indiqué Mouhamadou M. KANE dans son article, tel un message d'espoir, même si « le Code a perdu son caractère de traité, rien ne garantit que ces dispositions ne soient pas réintroduites dans les nouveaux traités bilatéraux d'investissement négociés par les pays africains »<sup>163</sup>. Encore faut-il que les solutions africaines du droit international des investissements, répandues par le CPAI, soient viables sur une longue durée.

---

<sup>160</sup> ADEKELE Fola, *op. cit.*, p. 132.

<sup>161</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Un Code panafricain d'investissement pour promouvoir le développement durable », *op. cit.*

<sup>162</sup> KIDANE Won, *op. cit.*; NGOBENI Tinyiko, *op. cit.*

<sup>163</sup> Version originale en anglais : KANE Mouhamadou M., *The Pan-African Investment Code: a good first step, but more is needed*, 15 Janvier 2018, (visité le 18 novembre 2020), disponible sur : <http://ccsi.columbia.edu/files/2016/10/No-217-Kane-FINAL.pdf>.

### III. La viabilité de « l'africanisation » du droit international des investissements

« *The Pan-African Investment Code: a good first step, but more is needed* »<sup>164</sup> !

En effet, bien que le CPAI soit d'une avancée indéniable dans le régime africain et universel de l'investissement, celui-ci rencontre encore quelques faiblesses juridiques qui ne sont pas des moindres. Dans le cas même de son éventuelle application, le Code est confronté à certains obstacles dans la pratique, notamment quant à son statut formel ou encore à son « isolement dans le réseau des sources africaines du droit »<sup>165</sup>. Le CPAI se détache des ordres juridiques africains, en ne mentionnant aucun traité ou accord formel sur lequel il pourrait se reposer. Puis, dans un autre sens, l'absence de mentions expresses du CPAI dans les textes juridiques contraignants ou dans les négociations, même au niveau de l'UA, ne considère pas toutes les innovations émergées par le modèle. Cela peut néanmoins changer si certaines conventions et résolutions venaient à se référer expressément au CPAI, « soit pour l'appliquer, soit pour l'approfondir »<sup>166</sup> par exemple.

Pour rappel, il était prévu que les Etats membres de l'UA devaient adopter le CPAI pour remplacer les TBIs intra-africains ou les chapitres sur l'investissement dans les accords commerciaux intra-africains<sup>167</sup>. Il a finalement été conclu que « le présent Code [n'affecterait] pas les droits et obligations des Etats membres découlant de tout accord d'investissement existant » (art. 3 para. 1 CPAI). Cependant, les Etats membres ainsi que les CER doivent tenir compte autant que possible des dispositions du CPAI, précurseurs d'un changement dans le régime d'investissement en Afrique, et ce au moment de la conclusion de nouveaux accords (art. 3 para. 3 CPAI).

L'émergence de clauses novatrices ne s'est donc pas arrêtée au CPAI et a été illustrée par les instruments d'investissement ultérieurs, tous élaborés en Afrique, que ce soit au niveau régional ou bilatéral<sup>168</sup>. Nous pouvons alors émettre l'interrogation suivante : est-ce que ces nouveaux

---

<sup>164</sup> KANE Mouhamadou M., *op. cit.*

<sup>165</sup> SERRURIER Enguerrand, *op. cit.*

<sup>166</sup> *Ibid.*

<sup>167</sup> NGOBENI Tinyiko, *op. cit.*

<sup>168</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Africa as an Investment Rule-Maker: Decrypting the Pan-African Investment Code », *op. cit.*, p. 110.

instruments juridiques mettent à mal la viabilité de l'africanisation du droit international des investissements, ou au contraire la consolident-ils ?

## A. Quel impact au niveau régional ?

Dans la mesure où il apparaît que suite à l'adoption du CPAI, plusieurs révisions d'accords régionaux d'investissement ont abouti ou sont en cours d'élaboration, nous pouvons nous demander dans quelle mesure le CPAI a eu un impact culminant au niveau régional ? Les exemples régionaux les plus allusifs sont l'Accord ZICC révisé du COMESA datant de 2017<sup>169</sup>, le modèle de TBI de la SADC révisé en 2017<sup>170</sup>, ou encore le Projet de Code commun des investissements de la CEDEAO de juillet 2018<sup>171</sup>. Plus que de simples effets, l'on remarque une réelle compatibilité avec le CPAI, rendant tout à fait plausible la viabilité de la prise en main africaine du droit international des investissements.

Le modèle révisé de l'Accord ZICC pour commencer, est parfaitement aligné au CPAI<sup>172</sup>. Ce modèle a été revu afin de prendre notamment en considération les nouveaux enjeux des régimes internationaux d'investissement et les normes spécifiques sur la protection des investisseurs<sup>173</sup>. Cet instrument visant à renforcer davantage la dimension du développement durable et à sauvegarder le droit des Etats d'accueil à réglementer dans le domaine des investissements étrangers <sup>174</sup>, couvre notamment les droits et obligations des investisseurs.

La rédaction du texte a été finalisée en 2016 et le projet a ensuite été soumis à la commission des affaires juridiques du COMESA. L'Institut international du développement durable (IIDDD) et la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) ont collaboré ensemble avec le Secrétariat du COMESA pour la révision de cet accord<sup>175</sup>. De plus,

---

<sup>169</sup> COMESA, *Revised Investment Agreement for the Comesa Common Investment Area (CCIA)*, adopté en novembre 2017, (visité le 12 novembre 2020), disponible sur : <https://www.lawinsider.com/documents/dLSO8xQjEw6>.

<sup>170</sup> Le modèle révisé de 2017 est un document qui n'est pas encore officiellement accessible au public.

<sup>171</sup> CEDEAO, *ECOWAS Common Investment Code (ECOWIC)*, adopté en juillet 2018, (visité le 18 janvier 2021), disponible sur : <https://nipc.gov.ng/product/ecowas-common-investment-code-ecowic/>.

<sup>172</sup> GAKUNGA Mwangi, *Plans Afoot to Publicize Common Investment Area Agreement*, 27 avril 2020, (visité le 12 novembre 2020), disponible sur: <https://www.comesa.int/plans-afoot-to-publicize-common-investment-area-agreement/>.

<sup>173</sup> OSEMO Willis, *Accord sur la Zone d'investissement commune*, 27 avril 2020, (visité le 12 novembre 2020), disponible sur : <https://www.comesa.int/accord-sur-la-zone-dinvestisment-commune/>.

<sup>174</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Special Focus Issue: Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law », *op. cit.*, p. 468.

<sup>175</sup> OSEMO Willis, *op. cit.*

au cours de l'année 2017, « des progrès considérables ont été enregistrés [...] en vue de la conclusion d'un Accord ZICC final »<sup>176</sup>. Cet accord a donc été examiné et approuvé par la réunion des Ministres de la Justice des Etats membres du COMESA en septembre 2017, puis a été adopté par le Conseil des ministres en novembre de la même année à Lusaka en Zambie<sup>177</sup>. A ce jour, la version révisée de l'Accord ZICC n'est pas encore entrée en vigueur, mais « une campagne de sensibilisation est prévue en vue d'en faciliter la ratification »<sup>178</sup>.

Plusieurs points démontrent la pertinence de ce texte, dans la redéfinition du droit international des investissements. La définition des investissements par exemple, suit l'approche du CPAI dans le sens que ceux-ci doivent contribuer au développement de l'Etat hôte (art. 1)<sup>179</sup>.

De plus, au regard des standards de traitement des investisseurs et des investissements, le texte du COMESA réduit le large champ d'application traditionnel, en limitant par exemple la clause sur le traitement juste et équitable uniquement à un traitement judiciaire juste et équitable (art. 14)<sup>180</sup>. Même si l'Accord ZICC ne reprend pas telle quelle l'initiative de l'UA, qui rejette totalement la clause précitée, l'on comprend que l'esprit du texte en général reste analogue au Code panafricain. En effet, le texte dresse également un large éventail d'obligations pour les investisseurs<sup>181</sup>, comme le respect et le maintien des droits humains internationalement reconnus (art. 29) ou encore la protection de l'environnement et des normes sociales (art. 31).

Pour finir, concernant les mécanismes de règlement des litiges entre l'Etat hôte et l'investisseur, « le COMESA prévoit que les différends peuvent être portés devant la Cour de justice du COMESA (Cour du COMESA) ou devant un tribunal constitué sous l'égide de cette Cour, à condition que les recours internes aient été épuisés [ou] sauf accord contraire des parties en litige par un accord écrit spécifique »<sup>182</sup> (art. 36). Le mécanisme ISDS tout comme le règlement de litiges entre les Etats membres du COMESA (art. 35) sont donc prévus. Une disposition tout à fait novatrice a été ajoutée, donnant aux Etats d'accueil le droit de déposer une plainte contre

---

<sup>176</sup> COMESA, *Industrialisation inclusive et durable : Rapport biennal 2016-2017*, 2018, (visité le 18 janvier 2020), disponible sur : [https://www.comesa.int/wp-content/uploads/2019/02/2016\\_17-Annual-Report-FINAL\\_fr\\_web.pdf](https://www.comesa.int/wp-content/uploads/2019/02/2016_17-Annual-Report-FINAL_fr_web.pdf), p. 47.

<sup>177</sup> *Ibid.*

<sup>178</sup> OSEMO Willis, *op. cit.*

<sup>179</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Evolution of International Investment Agreements in Africa: features and Challenges of Investment Law "Africanization" », *op.cit.*, p. 14.

<sup>180</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Special Focus Issue: Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law », *op. cit.*, p. 468.

<sup>181</sup> *Ibid.*

<sup>182</sup> *Ibid.*

les investisseurs, en cas de violation de leurs obligations<sup>183</sup> : « sans préjudice des autres droits et recours d'un Etat hôte ou de sa population, un Etat hôte peut engager une procédure contre un investisseur du COMESA ou son investissement devant les tribunaux de l'Etat hôte pour violation de ses obligations au titre du présent accord » (art. 33 l'Accord ZICC). L'art. 34 de l'Accord ZICC souligne néanmoins l'importance de notifier l'intention d'engager une procédure de règlement des différends, cette formalité est alors suivie d'une résolution de litiges si possible à l'amiable tant avant, que pendant un certain délai de réflexion. C'est pourquoi, les principales avancées mises en œuvre dans le cadre de l'Accord ZICC révisé suivent, dans les grandes lignes, le CPAI.

Dans le but d'enrichir notre examen des récents instruments juridiques régionaux concernant les investissements, nous pouvons aussi nous intéresser brièvement au modèle de TBI de la SADC de 2017. Avant tout de chose, il faut convenir, au regard des textes juridiques précédents de la SADC en matière d'investissements, que le modèle de TBI de 2012 a été à la source de nombreux apports singuliers en Afrique. Le modèle TBI révisé de 2017, quant, à lui est un document qui adopte une approche semblable à sa version précédente et au CPAI, en faisant notamment du développement durable un objectif essentiel pour le texte<sup>184</sup>. En effet, le modèle requiert dans sa définition propre des investissements, que ceux-ci puissent contribuer au développement durable des Etats d'accueil<sup>185</sup>.

Le modèle révisé fait aussi écho au CPAI en contrebalançant les normes de protection des investissements par un ensemble d'obligations pour les investisseurs (art. 10ss) comme par exemple : la lutte contre la corruption, la conformité avec les lois nationales, l'obligation d'effectuer une évaluation des incidences environnementales et sociales ou encore l'obligation de respecter la protection de l'environnement, du travail et des droits humains, tout en réaffirmant que la protection des investissements doit débiter à la phase post-établissement<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> CHIDEDE Talkmore, *op. cit.*, p. 456.

<sup>184</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Special Focus Issue: Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law », *op. cit.*, p. 470.

<sup>185</sup> *Ibid.*

<sup>186</sup> *Ibid.*

Là où le texte diffère du modèle TBI de 2012 et du CPAI, c'est au niveau de l'exclusion de l'ISDS<sup>187</sup>. L'approche Sud-africaine retirant l'ISDS a été suivie<sup>188</sup>. Toutefois, à la demande de certains Etats membres de la SADC, réticents de ce choix drastique, une annexe comportant un texte moins rigide a été ajoutée au modèle révisé<sup>189</sup>.

L'Accord ZICC ainsi que le TBI type de 2017 de la SADC ont tous deux « suscité une attention considérable dans les débats actuels sur la réforme du système des investissements internationaux »<sup>190</sup>. Puis, en juillet 2018, c'est autour de la CEDEAO d'adopter un nouvel instrument juridique en matière d'investissement, le Code commun des investissements de la CEDEAO (ECOWIC). En effet, durant l'été 2018, les ministres en charge des investissements des Etats membres de la CEDEAO, se sont réunis à Lomé, la capitale togolaise, pour examiner et adopter le rapport des experts des Etats membres sur les projets de politique d'investissement de la CEDEAO et l'ECOWIC<sup>191</sup>. La démarche a été là aussi de réunir plusieurs experts, afin de pouvoir relever toutes les « réalités du climat d'investissement de la CEDEAO du point de vue des meilleures pratiques mondiales et [fournir] un guide pour les actions de réforme visant à améliorer le climat d'investissement régional ainsi que sa compétitivité »<sup>192</sup>. Ainsi lors du déroulement des travaux notamment pour dresser ce code, les experts ont observé les nouveautés internationales et recommandées autour du droit des investissements.

L'ECOWIC offre un cadre juridique et des lignes directrices s'agissant de l'admission des investissements dans les Etats membres de la CEDEAO pour : améliorer les investissements et les relations commerciales au sein de la région et entre la région et les investisseurs étrangers ; renforcer l'impact des investissements privés nationaux et étrangers dans la promotion de la croissance économique, l'expansion des échanges, l'amélioration du transfert de technologie,

---

<sup>187</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Special Focus Issue: Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law », *op. cit.*, p. 470.

<sup>188</sup> MASAMBA Magalie, *Africa and bilateral investment treaties: To 'BIT' or not?*, 23 juillet 2014, (visité le 19 janvier 2021), disponible sur : <https://www.polity.org.za/article/africa-and-bilateral-investment-treaties-to-bit-or-not-2014-07-23>.

<sup>189</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Special Focus Issue: Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law », *op. cit.*, p. 470.

<sup>190</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Un Code panafricain d'investissement pour promouvoir le développement durable », *op. cit.*

<sup>191</sup> AKA Gérard A., *Les ministres en charge des investissements adoptent la Politique et Code des investissements de la CEDEAO*, 31 octobre 2018, (visité le 19 janvier 2021), disponible sur : <https://fopao.pepsup.com/articles/actualites/les-ministres-en-charge-des-investissements-adoptent-la-politique-et-code-des-investissements-de-la-cedeao-62129>.

<sup>192</sup> CEDEAO, *Politique commerciale : Code Commun et Politique des Investissements de la CEDEAO*, (visité le 19 janvier 2021), disponible sur : <https://ecotis.projects.ecowas.int/developpement-des-politiques/ententes-en-cours-de-negociation/?lang=fr>.

la création d'emplois et la promotion du développement ; faciliter l'émergence d'un espace unique pour la politique d'investissement et d'un cadre d'administration des incitations harmonisées et efficace afin d'améliorer la disponibilité des ressources nationales pour le développement des Etats membres ; puis pour élargir l'espace économique pour que les acteurs régionaux puissent bénéficier d'économies d'échelles et renforcer la compétitivité<sup>193</sup>.

Tout comme le CPAI, l'objectif principal de l'ECOWIC est la protection, la facilitation et la promotion du développement durable (art. 2 para. 1 let. a ECOWIC). En plus de cela, les investissements doivent significativement contribuer au développement économique de l'Etat d'accueil (art. 1 let. h ECOWIC). En outre, l'ECOWIC contient un ensemble d'obligations horizontales sur des questions politiques et socio-économiques plus larges, comme par exemple la protection de l'environnement, les normes de travail et la lutte contre la corruption, qui s'appliquent à la fois aux investisseurs et aux Etats membres<sup>194</sup>. À noter que l'ECOWIC s'applique à tous les investisseurs intra ou hors CEDEAO investissant dans la région (art. 1 let. i ECOWIC).

Quant aux standards de traitement des investisseurs, le traitement national et la disposition sur le traitement de la nation la plus favorisée comprennent des exceptions (art. 6ss ECOWIC). De plus, la clause sur le traitement juste et équitable n'a pas été incluse. De ce fait, cela reprend aussi ce qu'ont mis en place les rédacteurs du CPAI.

Finalement, le Chapitre 16 ECOWIC traite des mécanismes de règlements de différends comprenant également l'approche ISDS. Les Etats membres et les investisseurs sont toutefois encouragés à recourir aux institutions régionales et nationales de règlement des litiges (art. 53 para. 3 et art. 54 para. 2), ce qui met là encore en lumière le recours aux institutions d'arbitrage africaines. Malgré son potentiel, le code commun des investissements n'est pas encore entré en vigueur.

Il en résulte que l'espoir régnant au tour du CPAI est non seulement que les futurs investissements étrangers en Afrique soient responsables et axés sur le développement

---

<sup>193</sup> AKA Gérard A., *op. cit.*

<sup>194</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Special Focus Issue: Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law », *op. cit.*, p. 469.

durable<sup>195</sup>, mais aussi que le texte puisse servir de modèle pour les groupements régionaux et TBIs impliquant des pays africains<sup>196</sup>. Cela a été en partie accompli au niveau régional comme l'ont prouvé les récents textes analysés, tous comparables au contenu du CPAI. Dans un autre sens, il reste encore quelques défis pratiques et pour cause ces textes ne sont pas contraignants et n'engagent donc pas les Etats. Nous l'avons vu au risque de se répéter, que cela peut provoquer des incohérences à l'égard des politiques et lois nationales des Etats membres, ne suivant pas ou étant en retard avec ce que recommandent et renouvellent les CER, en matière de règles sur les investissements et objectifs de développement durable. La menace est de se retrouver une fois de plus avec cette impression d'un « *Spaghetti Bowl* », même si cela est à nuancer avec le fait que désormais, les réglementations régionales sur les investissements comprennent des clauses et principes beaucoup plus analogues. De la sorte, l'appropriation africaine du droit international des investissements se maintient mais doit encore s'affirmer. Toutefois, pouvons-nous en dire autant au niveau bilatéral ?

## **B. « *A Wind of Change* » : le TBI entre le Nigéria et le Maroc**

Alors que la plupart des TBIs reflètent les modèles traditionnels provenant de pays exportateurs de capitaux, comme par exemple le TBI entre le Sénégal et le Mali datant de 2005<sup>197</sup> ou encore le TBI entre le Kenya et le Burundi de 2009<sup>198</sup>, il en va autrement du TBI entre le Nigéria et le Maroc<sup>199</sup>. En effet, ses dispositions ont su apporter un vent de changement en Afrique<sup>200</sup>. Le traité est fortement influencé par le contexte de la CEDEAO, dont le Nigéria est un membre

---

<sup>195</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Un Code panafricain d'investissement pour promouvoir le développement durable », *op.cit.*

<sup>196</sup> ROLLAND Sonia E. et TRUBEK David M., « Legal innovation in Investment Law: rhetoric and practice in emerging countries », *University of Pennsylvania Journal of Comparative Corporate Law and Securities Regulation, the Journal of International Law (JIL)*, vol. 39, no. 2, 2018, p. 390.

<sup>197</sup> TBI Mali-Sénégal, *Accord entre le gouvernement de la république du Mali et le gouvernement de la république du Sénégal concernant la promotion et la protection réciproques des investissements*, adopté le 12 avril 2005, (visité le 17 janvier 2021), disponible sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5776/download>.

<sup>198</sup> TBI Burundi-Kenya, *The foreign investment protection act (cap. 518) declaration of special arrangements for the reciprocal promotion and protection of investments*, adopté le 1<sup>er</sup> avril 2009, (visité le 17 janvier 2021), disponible sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5533/download>.

<sup>199</sup> TBI Maroc-Nigéria, *Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria*, 3 décembre 2016, (visité le 8 décembre 2020), disponible sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>.

<sup>200</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Evolution of International Investment Agreements in Africa: features and Challenges of Investment Law “Africanization” », *op.cit.*, p. 9.

fondateur, puis par le CPAI, dont la négociation a eu lieu parallèlement à ce premier<sup>201</sup>. Ce traité est le plus emblématique des nouvelles contributions fournies par les Etats africains dans la rédaction de règles sur le droit international des investissements. Le TBI nigérian-marocain reflète effectivement l'esprit du CPAI, notamment en poursuivant l'objectif principal de la promotion du développement durable et l'équilibre entre les droits et obligations des investisseurs<sup>202</sup>.

Tout d'abord, le TBI Maroc-Nigéria fait du développement durable l'objectif notoire du traité, comme le Préambule nous le démontre : « reconnaissant l'importante contribution que les investissements peuvent apporter au développement durable des Etats parties, [...] souhaitant promouvoir, encourager et accroître les possibilités d'investissement qui favorisent le développement durable sur le territoire des Etats parties [...], comprenant que le développement durable exige la réalisation des piliers économique, social et environnemental qui sont intégrés dans le concept [...] ». Puis, les investissements doivent comme dans le CPAI contribuer au développement durable des Etats d'accueil (art. 1 para. 3)<sup>203</sup>. Pour certains auteurs, la tâche pour les tribunaux de déterminer si un investissement a contribué ou non au développement durable de l'Etat hôte est difficile, et s'il s'avère qu'il n'y a effectivement pas de dite contribution, les investissements étrangers pourraient se voir refuser la protection du traité, même s'ils sont légaux ou qu'ils contribuent au capital et à d'autres ressources<sup>204</sup>. Il s'avère alors qu'une telle disposition dans un TBI illustre l'importance de la promotion d'investissements durables pour l'évolution positive des Etats parties. L'art. 24 para. 1 prévoit en outre que les investisseurs « devraient s'efforcer de contribuer au maximum au développement durable de l'Etat hôte et de la communauté locale »<sup>205</sup>. C'est le même principe que poursuivent, comme nous l'avons vu, les rédacteurs du CPAI.

Ensuite, en ce qui concerne d'autres dispositions de fond, il est également assuré un équilibre pour préserver les intérêts des investisseurs et des Etats. L'ensemble des droits des investisseurs

---

<sup>201</sup> ZUGLIANI Niccolò, « Human Rights in International Investment Law: The 2016 Morocco–Nigeria Bilateral Investment Treaty », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 68, no. 3, 2019, p. 762.

<sup>202</sup> MBENGUE Makane Moïse, « Special Focus Issue: Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law », *op. cit.*, p. 465.

<sup>203</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Evolution of International Investment Agreements in Africa: features and Challenges of Investment Law "Africanization" », *op.cit.*, p. 10.

<sup>204</sup> EJIMS Okechukwu, *op. cit.*, p. 66.

<sup>205</sup> GAZZINI Tarcisio, *Le TBI 2016 Maroc-Nigéria : Une importante contribution à la réforme des traités d'investissement*, 26 Septembre 2017, (visité le 26 octobre 2020), disponible sur : <https://www.iisd.org/itn/fr/2017/09/26/the-2016-morocco-nigeria-bit-an-important-contribution-to-the-reform-of-investment-treaties-tarcisio-gazzini/>.

sont comparables à ceux contenus dans les TBIs et AIIIs traditionnels, à savoir les standards classiques de traitement national et traitement de la nation la plus favorisée (art. 6 du TBI) ou encore la clause de traitement juste et équitable (art. 7 du TBI) malgré les controverses autour de cette dernière. Le TBI Maroc-Nigéria s'éloigne donc drastiquement du CPAI en incluant une telle clause, laquelle prévoit, selon l'art. 7, que chaque partie accorde aux investissements un traitement conforme au droit international coutumier, y compris un traitement juste et équitable, une protection et une sécurité totales. Les investisseurs ont ainsi droit à la norme minimale de traitement garantie par le droit international coutumier<sup>206</sup>. L'article 7 du TBI Maroc-Nigéria est certes limité, mais se référer au droit international coutumier sans autres précisions pourraient ouvrir la porte à d'autres éléments dans l'interprétation de la notion « juste et équitable »<sup>207</sup>. Les TBIs qui contiennent cette fameuse clause en général ne donnent aucune indication quant à son contenu normatif, créant de nombreux litiges devant les tribunaux à l'avantage des investisseurs<sup>208</sup>. Pour ce qui est des quelques autres dispositions telles que l'expropriation ou le transfert de fonds, celles-ci « reflètent largement la pratique consolidée dans le cadre des TBIs »<sup>209</sup>.

Du reste, les normes protégeant les investissements sont mises en balance avec des obligations horizontales ou seulement imposées aux investisseurs. Ces obligations se divisent selon les deux phases d'établissement des investissements vues précédemment.

Au cours de la phase de pré-établissement, les investisseurs « doivent se conformer aux processus d'examen préalable et d'évaluation sur le plan environnemental, conformément aux lois de l'Etat hôte ou de l'Etat d'origine, la loi la plus stricte étant retenue, ainsi qu'à une évaluation d'impact social fondée sur les normes convenues au sein du Comité mixte » (art. 14)<sup>210</sup>. Dans la phase de post-établissement, les obligations relatives à la corruption, aux droits humains et à l'environnement ou aux normes de gouvernance par exemple sont valorisées.

En vertu de l'art. 17 sur l'anti-corruption, les investisseurs corrompus perdent leur protection de la même manière que l'Etat d'accueil pourrait être tenu pour responsable en cas de

---

<sup>206</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Evolution of International Investment Agreements in Africa: features and Challenges of Investment Law “Africanization” », *op.cit.*, p. 10.

<sup>207</sup> EJIMS Okechukwu, *op. cit.*, p. 72.

<sup>208</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>209</sup> GAZZINI Tarcisio, *Le TBI 2016 Maroc-Nigéria : Une importante contribution à la réforme des traités d'investissement*, *op. cit.*

<sup>210</sup> *Ibid.*

participation à la corruption<sup>211</sup>. Cette clause est déterminante pour motiver l'Etat d'accueil à maintenir l'Etat de droit et les investisseurs à se conformer à l'Etat de droit<sup>212</sup>. En effet, le manque d'uniformité avec la question de la corruption dans les affaires de droit des investissements est entre autres dû à l'absence de cadre et d'orientation de fond dans les TBIs<sup>213</sup>, ce que contrecarre le Nigéria et le Maroc à travers cette disposition.

Par ailleurs, les investisseurs « doivent maintenir un système de gestion de l'environnement et respecter les droits de l'Homme conformément aux normes fondamentales en matière de travail et d'environnement, ainsi qu'aux obligations en matière de droits de travail et de droits de l'homme de l'Etat hôte ou de l'Etat d'accueil » (art. 18)<sup>214</sup>. Tout comme dans le CPAI, ce lien assez direct des investissements avec les droits humains démontre encore une fois la volonté d'ajuster les intérêts privé et public. C'est d'ailleurs un des seuls TBI contenant une référence générale aux droits humains dans son préambule<sup>215</sup>, ce qui avait manqué dans le projet final du CPAI. Puis, la question du respect par les Etats d'accueil de leurs obligations internationales en matière de poursuite des questions d'intérêt public est considérablement réduite, car ces obligations légales poussent les investisseurs étrangers à adopter des mesures pour protéger et promouvoir l'environnement et les droits humains<sup>216</sup>. Une telle clause est donc nécessaire dans le développement du droit international des investissements. Pour le Dr. Okechukwu EJMS, il s'agirait même d'un grand pas vers l'imposition d'obligations internationales en matière de droits de l'Homme aux sociétés multinationales<sup>217</sup>.

Enfin, les investisseurs doivent particulièrement respecter les normes de gouvernance d'entreprise acceptées au niveau national et international (article 19). Ces normes de gouvernance donnent par exemple la liberté aux Etats hôtes de prendre des mesures réglementaires, visant à garantir que le développement sur leur territoire est compatible avec les buts et principes du développement durable, et avec d'autres objectifs légitimes de politique sociale et économique (art. 23). Il en va sans dire que cela nous rappelle très clairement les

---

<sup>211</sup> EJMS Okechukwu, *op. cit.*, p. 76.

<sup>212</sup> *Ibid.*

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>214</sup> GAZZINI Tarcisio, *Le TBI 2016 Maroc-Nigéria : Une importante contribution à la réforme des traités d'investissement*, *op. cit.*

<sup>215</sup> ZUGLIANI Niccolò, *op. cit.* p. 763.

<sup>216</sup> EJMS Okechukwu, *op. cit.*, p. 77.

<sup>217</sup> *Ibid.*

exceptions aux standards de traitement établis aux art. 8 et 10 du CPAI, quant au droit de réglementer des Etats hôtes.

Pour finir, en ce qui concerne les litiges, le TBI Maroc-Nigéria prévoit le recours à la consultation et à l'arbitrage international en cas de différends entre l'investisseur et l'Etat d'accueil (art. 27), en donnant la possibilité de faire appel à des organes d'arbitrage internationaux indépendants de l'Etat d'accueil, après épuisement des recours internes, ceci assurant aux investisseurs étrangers que leurs droits seront effectivement protégés<sup>218</sup>. Une disposition, plutôt inédite mais peu claire, prévoit que « tout différend entre les Parties sera évalué dans le cadre des consultations et des négociations par le Comité mixte » sur demande écrite de l'Etat de l'investisseur concerné (art. 26 para. 1-2), créant ainsi une certaine confusion entre les rôles et positions des Etats et des investisseurs<sup>219</sup>. Le TBI met toutefois en avant le principe de la transparence dans la procédure arbitrale (article 10 para. 5)<sup>220</sup>.

Ainsi, le traité prévoit un ISDS obligatoire, mais aussi un règlement de litiges entre les deux Etats parties (art. 28). Le présent TBI, ne fait certes pas mention d'une clause de demandes reconventionnelles, comme dans le CPAI (art. 43 CPAI), ou d'une possibilité pour l'Etat d'accueil de recourir à l'arbitrage international contre des investisseurs, mais il introduit une disposition innovante sur la responsabilité des investisseurs, lesquels « seront soumis à des poursuites en responsabilité civile dans le cadre des procédures judiciaires de leur Etat d'accueil pour les actes ou décisions rendus en relation avec l'investissement lorsque de tels actes ou décisions causent des dommages importants, des blessures corporelles ou conduisent au décès dans l'état d'accueil » (art. 20)<sup>221</sup>.

Par conséquent, le TBI marocain et nigérian, fait bien partie de la vague des traités entreprenant de nouvelles perspectives dans le droit international des investissements. Malheureusement, malgré les similitudes avérées, le TBI ne fait aucune référence ou mentions explicites au CPAI, remettant en question la légitimité et la reconnaissance de ce dernier. Néanmoins, le présent traité est une tentative remarquable de deux pays africains, si ce n'est un « [des] plus innovants

---

<sup>218</sup> EJIMS Okechukwu, *op. cit.*, p. 80.

<sup>219</sup> GAZZINI Tarcisio, *Le TBI 2016 Maroc-Nigéria : Une importante contribution à la réforme des traités d'investissement, op. cit.*

<sup>220</sup> *Ibid.*

<sup>221</sup> *Ibid.*

et [des] plus équitables jamais conclus »<sup>222</sup>. En tant que tel, il expose aux yeux du monde que les traités d'investissement conformes aux droits humains, notamment, peuvent trouver un terrain fertile dans les pays africains en développement et il constitue aussi un exemple pour les négociations actuelles et futures visant à favoriser le respect des droits humains dans les activités d'investissement<sup>223</sup>. Le traité à ce jour est signé mais n'est pas encore entré en vigueur. En effet, « les gouvernements africains – ainsi que les pays d'autres continents – sont devenus plus réticents à ratifier de nouveaux TBIs et ont même dénoncé plusieurs TBIs en cours »<sup>224</sup>.

Quel est donc l'avenir du TBI Maroc-Nigéria ? Contribue-t-il réellement à la viabilité de l'africanisation du droit international des investissements ? A première vue, il y participe en s'alignant *quasi* totalement avec les réformes actuelles en Afrique en matière d'investissement. Encore faut-il que ces dispositions émergentes puissent se retrouver dans les autres TBIs en Afrique, notamment dans ceux que le Nigéria et le Maroc signeront avec des Etats africains ou des pays d'autres continents. Il existe en effet un défi de cohérence de politiques, et ce également entre les différents TBIs signés avec des pays exportateurs de capitaux présentant souvent des demandes différentes ou des différences de définitions<sup>225</sup>. Le récent TBI de 2018 signé par le Maroc et le Congo Brazzaville<sup>226</sup> ne présente pas les nouvelles approches du TBI nigérian et marocain, ni celles du CPAI ou des nouveaux textes régionaux précédemment analysés. Il y est très peu fait mention du développement durable et il n'y a aucune référence aux droits humains. Les obligations des investisseurs sont également inexistantes dans ce TBI de 2018. Ce traité, pour ne citer qu'un seul, est un réel acte manqué et un retour en arrière mettant en doute la viabilité des réformes du droit international des investissements entreprises en Afrique. Le TBI Maroc-Nigéria n'apporte donc qu'un doux vent de changements.

En résumé, les innovations apportées par le CPAI se retrouvent pour la plupart rédigées dans les accords régionaux en Afrique. Cependant, il faut relever que ces approches n'influencent que principalement les relations intra-africaines régionales et très peu au niveau bilatéral. Seul

---

<sup>222</sup> GAZZINI Tarcisio, *Le TBI 2016 Maroc-Nigéria : Une importante contribution à la réforme des traités d'investissement*, *op. cit.*

<sup>223</sup> ZUGLIANI Niccolò, *op. cit.* p. 761.

<sup>224</sup> GAZZINI Tarcisio, *Le TBI 2016 Maroc-Nigéria : Une importante contribution à la réforme des traités d'investissement*, *op. cit.*

<sup>225</sup> YAO Graham, « BITs a Challenge to Regional Integration in Africa », *Third World Network-Africa's African Agenda magazine*, vol. 17, no. 3, 2014, p. 14.

<sup>226</sup> TBI Congo-Maroc, *Accord entre le gouvernement du Royaume du Maroc et le gouvernement de la République du Congo sur la promotion et la protection réciproques des investissements*, 30 avril 2018, (visité le 10 janvier 2021), disponible sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5809/download>.

le TBI du Nigéria et du Maroc sort vraiment du lot. Malgré ces améliorations, les Etats africains et les CER n'ont pas encore pleinement réussi à transposer leurs nouveaux modèles à des partenaires de négociation extra-africains, en cédant particulièrement aux TBIs-types de leurs pays partenaires respectifs<sup>227</sup>. Par conséquent, même si l'on observe que l'Afrique s'approprie peu à peu mais de plus en plus, ses propres règles sur le droit international des investissements, et ce de manière plus cohérente depuis l'apparition du CPAI, ces progrès ne dépassent pas encore les frontières africaines. Est-ce une problématique liée à la volonté d'un bon maintien des relations diplomatiques ? L'intrusion des enjeux politiques ou des intérêts purement économiques bouleverse-t-elle l'évolution du cadre juridique des investissements en Afrique ? Ce sont effectivement des éléments qui peuvent mettre en péril la viabilité et la constance de l'africanisation du droit international des investissements.

---

<sup>227</sup> MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Evolution of International Investment Agreements in Africa: features and Challenges of Investment Law “Africanization” », *op. cit.*, pp. 1-2.

## CONCLUSION

« *Reforming old-generation treaties is not an easy task* » ! <sup>228</sup>

En conclusion, il en découle que de redéfinir les traités et pratiques traditionnels dans le contexte du droit international des investissements n'est pas une chose aisée. Cependant, arrivés au terme de ce travail, il convient désormais de revenir brièvement sur nos interrogations de départ, puis sur nos constatations résultant de notre analyse.

Dans un premier temps, nous nous sommes interrogés sur ce qui pouvait composer le « laboratoire » des initiatives régionales en Afrique, en matière de règles sur les investissements étrangers, et si ce cadre-là était propice à l'établissement d'un instrument juridique continental. Nous avons ainsi relevé plusieurs initiatives de quatre CER pertinentes (CAE, CEDEAO, COMESA, SADC) regroupant tant de dénominateurs communs que de failles et dissemblances, réduisant l'harmonisation du droit international des investissements en Afrique. Malgré ces déficiences, quelques nouveaux concepts ont pu naître de ces textes régionaux, comme l'imposition d'obligations aux investisseurs, ainsi que la promotion du développement durable. Par conséquent, dans ce contexte-là, nous avons conclu qu'il était tout à fait opportun d'avoir un projet continental, dont le texte une fois entré en vigueur, pourra effacer les fragmentations régionales existantes, tout en se démarquant de ce que l'on peut déjà trouver dans le droit international des investissements.

Dans un second temps, nous avons suivi les étapes de l'émergence du Code panafricain, puis nous avons épluché les approches innovantes établies par les auteurs du projet. Nous avons ainsi admis que le CPAI était au service du développement durable et d'investissements responsables, respectant notamment les droits humains internationalement reconnus. En plus de soumettre les investissements à de tels objectifs légitimes, le Code a su garantir un système d'équilibre entre les intérêts privés des investisseurs et les intérêts publics, en énumérant des droits et des obligations pour les investisseurs, ainsi que des exceptions aux standards de traitement habituels. Puis, les rédacteurs du projet continental ont tenté de trouver un consensus unissant toutes les pratiques africaines apparentes, quant à la conception des règlements de

---

<sup>228</sup> UNCTAD, *International investment agreements reform accelerator*, 8 novembre 2020, (visité le 4 janvier 2021), disponible sur : [https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d8\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d8_en.pdf).

différends, tout en mettant en avant les nouvelles approches internationales et en faisant la promotion des institutions arbitrales africaines. Nous avons donc conclu que le CPAI était sans aucun doute, une réponse aux besoins du continent africain, mais que sa position de *soft law* dans l'ordre juridique n'était pas satisfaisante.

Enfin, nous nous sommes interrogés sur l'influence qu'ont pu apporter les innovations du CPAI aux niveaux régional et bilatéral, puis si cette prise en main du droit international des investissements était par conséquent viable, notamment en tenant compte de l'arrivée de nouveaux instruments juridiques en Afrique. Nous avons indiqué que la plupart de ces nouveaux textes régionaux sont bien compatibles avec le CPAI, en soutenant une approche moderne dans la réglementation du droit international des investissements. A l'échelle bilatérale, seul le TBI Maroc-Nigéria a la prétention d'avoir réussi à participer au mouvement des réformes du régime juridique d'investissement en Afrique. En effet, même si le projet final du CPAI a été une source de dispositions précieuses pour les besoins typiques de l'Afrique et pour la réglementation sur les investissements, les nouveaux angles apportés ne se sont pas répandus comme il était attendu, dans la plupart des pays africains.

C'est pourquoi, quant à la question initiale de ce travail, à savoir si l'Afrique évolue réellement vers une continentalisation, une prise en main, du droit international des investissements, nous pouvons répondre au premier regard par l'affirmative. En effet, nous ne pouvons omettre les efforts et les initiatives remarquables de cette africanisation du droit des investissements, démontrant que le continent africain est sur la bonne voie. Il y a une nette évolution harmonieuse, effaçant peu à peu le « *Puzzle* » du départ, tout en s'éloignant des modèles des pays du Nord. L'Afrique s'approprie subtilement ses propres règles en matière d'investissements.

Or, lorsque l'on approfondi vraiment la question, nous comprenons que le chemin est encore long et que les règles innovantes se consolident mais n'arrivent pas à se propager dans les pays africains, ni à se diffuser au-delà de l'Afrique. En d'autres termes, il n'y a pas de réelle prise en compte des dispositions émergentes « *made by Africa* » dans les TBIs. Sans doute, la complexité entre la recherche d'une émancipation africaine et les problématiques politiques et économiques freine-t-elle les avancées juridiques, lesquelles peuvent pourtant positivement influencer la situation en matière d'investissements et de développements économique et durable du continent africain.

Toutefois, nous pouvons encore espérer que le cadre actuel engendré par le CPAI fournit un socle essentiel pour le volet investissement de la ZLECAf. En effet, des discussions et négociations pour l'adoption d'un Protocole d'investissement contraignant au niveau continental ont été entreprises et devraient se terminer au mois de janvier 2021<sup>229</sup>. Le Protocole d'investissement de la ZLECAf constitue « un ensemble continental de dispositions destinées à régler les relations d'investissement au sein des Etats membres de l'UA »<sup>230</sup>. Ces Etats membres n'auront donc plus besoin de conclure entre eux de nouveaux TBIs et la relation d'investissement entre les Etats membres africains et les tiers pourra « continuer d'être guidée par les TBIs existants ou nouveaux, à moins qu'ils ne respectent les normes clés fixées dans le protocole [...] »<sup>231</sup>. Dès lors, les chances notamment d'un avenir durable, à travers ce Protocole d'investissement, seront un *momentum* contraignant dans le droit international des investissements.

---

<sup>229</sup> IISD, *COVID-19 Pandemic Pushes Back Start Date for AfCFTA Entry into Force*, 20 juin 2020, (visité le 23 janvier 2021), disponible sur : <https://www.iisd.org/itn/en/2020/06/20/covid-19-pandemic-pushes-back-start-date-for-afcfta-entry-into-force/>.

<sup>230</sup> MUTOMBO Thierry, « Architecture des traités bilatéraux d'investissement », in MENDEZ-PARRA Max (ed.), *Négociations sur les investissements de l'AfCFTA : Repères sur les concepts*, mai 2020, (visité le 31 décembre 2020), disponible sur : <https://set.odi.org/wp-content/uploads/2020/06/French-version-investment-training-notes-1-1.pdf>, p. 27.

<sup>231</sup> *Ibid.*

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **OUVRAGES :**

ADEKELE Fola, *International Investment Law and Policy in Africa: Exploring a Human Rights Based Approach to Investment Regulation and Dispute Settlement*, Routledge, London et New York, 2018.

DE NANTEUIL Arnaud, *Droit international de l'investissement*, Pedone, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 2020.

### **ARTICLES :**

CHIDEDE Talkmore, « The Right to Regulate in Africa's International Investment Law Regime », *Oregon Review of International Law*, vol. 20, no. 1, University of Oregon, 2018, pp. 437-468.

CLEEVE Emmanuel A., DEBRAH Yaw, YIHEYIS Zelealem, « Human Capital and FDI Inflow: An Assessment of the African Case », *World Development*, vol. 74 (C), 2015, pp. 1-14.

DE BRABANDERE Eric, « Fair and Equitable Treatment and (Full) Protection and Security in African Investment Treaties Between Generality and Contextual Specificity », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, no. 3, 2017, pp. 530-555.

DENTERS Erik et GAZZINI Tarcisio, « The Role of African Regional Organizations in the Promotion and Protection of Foreign Investment », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, no. 3, 2017, pp. 449-492.

EJIMS Okechukwu, « Article: The 2016 Morocco–Nigeria Bilateral Investment Treaty: More Practical Reality in Providing a Balanced Investment Treaty? », *ICSID Review*, vol. 34, no. 1, 2019, pp. 62–84.

KIDANE Won « Contemporary International Investment Law Trends and Africa's Dilemmas in the Draft Pan-African Investment Code », *The George Washington International Law Review*, vol. 50, no. 3, 2018, pp. 523-579.

MBENGUE Makane Moïse, « Special Focus Issue: Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law », *ICSID Review*, vol. 34, no. 2, 2019, pp. 455–481.

MBENGUE Makane Moïse, « Special Issue: Africa and the Reform of the International Investment Regime-An Introduction », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, no. 3, 2017, pp. 371-378.

MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Africa as an Investment Rule-Maker: Decrypting the Pan-African Investment Code », *African Yearbook of International Law Online*, vol. 23, no. 1, 2018, pp. 81–121.

MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « The ‘Africanization’ of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, no. 3, 2017, pp. 414–448.

NGWE Marie-Andrée et DELIGNY MALCHAIR Marion, « Special focus issue : La propension des Etats africains à résoudre leurs litiges d’investissement à l’amiable », *ICSID Review*, vol. 34, no. 2, 2019, pp. 388–410.

PÁEZ Laura, « Bilateral Investment Treaties and Regional Investment Regulation in Africa: Towards a Continental Investment Area? », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, no. 3, 2017, pp. 379–413.

ROLLAND Sonia E. et TRUBEK David M., « Legal innovation in Investment Law: rhetoric and practice in emerging countries », *University of Pennsylvania Journal of Comparative Corporate Law and Securities Regulation, the Journal of International Law (JIL)*, vol. 39, no. 2, 2018, pp. 355-434.

SEATZU Francesco, VARGIU Paolo, « Africanizing Bilateral Investment Treaties ('Bits'): Some Case studies and Future Prospects of A Pro-Active African approach to International Investment », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 30, no. 2, 2015, pp. 143-170.

SSEMMANDA Emmanuel S., SHIKOLI Edmond A., « Investment Regulation in the East African Community: Community and Domestic Legal Regimes », *African Journal of Commercial Law*, vol. 1, 2019/2020, pp. 173-187.

YAO Graham, « BITs a Challenge to Regional Integration in Africa », *Third World Network-Africa's African Agenda magazine*, vol. 17, no. 3, 2014, pp. 13-15.

ZUGLIANI Niccolò, « Human Rights In International Investment Law: The 2016 Morocco–Nigeria Bilateral Investment Treaty », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 68, no. 3, 2019, pp. 761–770.

#### **OUVRAGES COLLECTIFS :**

MBENGUE Makane Moïse et NEGM Mohamed H., « An African View on the CETA Investment Chapter », in MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie (eds.), *Foreign Investment*

*Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Springer, Suisse, 2019, pp. 239-269.

MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Africa and the Rethinking of international Investment Law: About the Elaboration of the Pan-African Investment Code », in ROBERTS Anthea, STEPHAN Paul B., VERDIER Pierre-Hugues et VERSTEEG Mila (eds.), *Comparative International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 547-569.

MBENGUE Makane Moïse et SCHACHERER Stefanie, « Evolution of International Investment Agreements in Africa: features and Challenges of Investment Law “Africanization” », in CHAISSE Julien, CHOUKROUNE Leïla et JUSOH Sufian (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer, Singapore, 2019, pp. 1-23.

MBENGUE Makane Moïse, « « La loi des nations est faite de fer ? » Reconnaissance et « décolonisation » du droit international des investissements », in GESLIN Albane et TOURME JOUANNET Emmanuelle (eds.), *Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international ? Droit international comparé et européen*, Aix-en-Provence, 2019, pp. 97-117.

MBENGUE, Makane Moïse, « Les obligations des investisseurs », in DUBIN Laurence, BODEAU-LIVINEC Pierre, ITEN Jean-Louis et TOMKIEWICZ Vincent (eds.), *L'entreprise multinationale et le droit international*, Pedone, Paris, 2017, pp. 295-337.

## **SOURCES ELECTRONIQUES :**

AKA Gérard A., *Les ministres en charge des investissements adoptent la Politique et Code des investissements de la CEDEAO*, 31 octobre 2018, (visité le 19 janvier 2021), disponible sur : <https://fopao.pepsup.com/articles/actualites/les-ministres-en-charge-des-investissements-adoptent-la-politique-et-code-des-investissements-de-la-cedeao-62129>.

ALSCHNER Wolfgang et SKOUGAREVSKIY Dmitriy, *Rule-takers or rule-makers? A new look at African bilateral investment treaty practice*, 7 juin 2016, (visité le 1er décembre 2020), disponible sur : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2791474](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2791474).

ARANDA José Luis G., *Traités bilatéraux d'investissement : une menace continue pour l'Afrique*, 2 mai 2018, (visité le 15 novembre 2020), disponible sur : <http://aefjn.org/fr/traites-bilateraux-dinvestisement-une-menace-continue-pour-lafrique/>.

BREWIN Sarah, « Règlement des différends investisseur-Etat », in MENDEZ-PARRA Max (ed.), *Négociations sur les investissements de l'AfCFTA : Repères sur les concepts*, mai 2020, (visité le 31 décembre 2020), disponible sur : <https://set.odi.org/wp-content/uploads/2020/06/French-version-investment-training-notes-1-1.pdf>, pp. 34-40.

DAGBANJA Dominic N., *The Environment, Human Rights, and Investment Treaties in Africa: A Constitutional Perspective*, 30 janvier 2020, (visité le 24 janvier 2021), disponible sur : [https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-981-13-5744-2\\_88-1](https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-981-13-5744-2_88-1), pp. 1-30.

GAKUNGA Mwangi, *Plans Afoot to Publicize Common Investment Area Agreement*, 27 avril 2020, (visité le 12 novembre 2020), disponible sur : <https://www.comesa.int/plans-afoot-to-publicize-common-investment-area-agreement/>.

GAZZINI Tarcisio, *Le TBI 2016 Maroc-Nigéria : Une importante contribution à la réforme des traités d'investissement*, 26 septembre 2017, (visité le 26 octobre 2020), disponible sur : <https://www.iisd.org/itn/fr/2017/09/26/the-2016-morocco-nigeria-bit-an-important-contribution-to-the-reform-of-investment-treaties-tarcisio-gazzini/>.

HEDAR Amr, *The Legal Nature of the Draft Pan-African Investment Code and its Relationship with International Investment Agreements*, juillet 2017, (visité le 6 décembre 2020), disponible sur : [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2017/07/IPB9\\_The-Legal-Nature-of-the-Draft-Pan-African-Investment-Code-and-its-Relationship-with-International-Investment-Agreements\\_EN.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2017/07/IPB9_The-Legal-Nature-of-the-Draft-Pan-African-Investment-Code-and-its-Relationship-with-International-Investment-Agreements_EN.pdf).

IISD, *COVID-19 Pandemic Pushes Back Start Date for AfCFTA Entry into Force*, 20 juin 2020, (visité le 23 janvier 2021), disponible sur : <https://www.iisd.org/itn/en/2020/06/20/covid-19-pandemic-pushes-back-start-date-for-afcfta-entry-into-force/>.

IISD, *Webinaire : Développer un modèle de traité d'investissement : opportunités et défis*, 10 décembre 2018, (visité le 7 décembre 2020), disponible sur : <https://www.iisd.org/events/webinar-developing-model-investment-treaty-opportunities-and-challenges-webinaire-developper>.

KANE Mouhamadou M., *The Pan-African Investment Code: a good first step, but more is needed*, 15 janvier 2018, (visité le 18 novembre 2020), disponible sur : <http://ccsi.columbia.edu/files/2016/10/No-217-Kane-FINAL.pdf>.

MACLEOD Jamie, « Un aperçu du PAIC en relation avec le Protocole d'investissement de l'AfCFTA », in MENDEZ-PARRA Max (ed.), *Négociations sur les investissements de l'AfCFTA : Repères sur les concepts*, mai 2020, (visité le 31 décembre 2020), disponible sur : <https://set.odi.org/wp-content/uploads/2020/06/French-version-investment-training-notes-1-1.pdf>, pp. 28-33.

MANN Howard, *The SADC MODEL BIT Template: Investment for Sustainable Development*, 30 octobre 2012, (visité le 26 octobre 2020), disponible sur : <https://www.iisd.org/itn/fr/2012/10/30/the-sadc-model-bit-template-investment-for-sustainable-development/>.

MASAMBA Magalie, *Africa and bilateral investment treaties: To 'BIT' or not?*, 23 juillet 2014, (visité le 19 janvier 2021), disponible sur : <https://www.polity.org.za/article/africa-and-bilateral-investment-treaties-to-bit-or-not-2014-07-23>.

MBENGUE Makane Moïse, « Un Code panafricain d'investissement pour promouvoir le développement durable », *Passerelles*, vol. 17, no. 5, 29 Juin 2016, (visité le 18 Novembre 2020), disponible sur : <https://ictsd.iisd.org/bridges-news/passerelles/news/un-code-panafricain-dinvestissement-pour-promouvoir-le-developpement>.

MUCHLINSKI Peter, *The COMESA Common Investment Area: Substantive Standards and Procedural Problems in Dispute Settlement*, 2008, (visité le 7 décembre 2020), disponible sur: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1698209](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1698209).

MUTOMBO Thierry, « Architecture des traités bilatéraux d'investissement », in MENDEZ-PARRA Max (ed.), *Négociations sur les investissements de l'AfCFTA : Repères sur les concepts*, mai 2020, (visité le 31 décembre 2020), disponible sur : <https://set.odi.org/wp-content/uploads/2020/06/French-version-investment-training-notes-1-1.pdf>, pp. 24-27.

NDOMO Atieno, *Regional Economic Communities in Africa : A Progressive overview*, mai 2009, (visité le 7 décembre 2020), disponible sur : [https://www.tralac.org/images/News/Reports/Regional\\_Economic\\_Communities\\_in\\_Africa\\_A\\_Progress\\_Overview\\_Atieno\\_Ndomo\\_GTZ\\_2009.pdf](https://www.tralac.org/images/News/Reports/Regional_Economic_Communities_in_Africa_A_Progress_Overview_Atieno_Ndomo_GTZ_2009.pdf), pp. 1-39.

NGOBENI Tinyiko, *The relevance of the Draft Pan African Investment Code (PAIC) in Light of the Formation of the African Continental Free Trade Area*, 15 janvier 2019, (visité le 16 novembre 2020), disponible sur : <https://www.afronomicslaw.org/2019/01/11/the-relevance-of-the-draft-pan-african-investment-code-paic-in-light-of-the-formation-of-the-african-continental-free-trade-area/>.

NIKIÈMA Suzy, *Élaborer un modèle de traité d'investissement : Opportunités et défis Note d'information pour la série des webinaires de IISD sur le droit et la politique des investissements*, décembre 2018, (visité le 3 novembre 2020), disponible sur : <https://www.iisd.org/system/files/meterial/model-investment-treaty-webinar-note-fr.pdf>.

NIKIÈMA Suzy, *Série webinaires de l'IISD sur le droit et les politiques d'investissement : développer un modèle de traité d'investissement : opportunités et défis*, décembre 2018 (visité le 3 novembre 2020), disponible sur : <https://www.iisd.org/system/files/meterial/webinar-developper-un-modele-de-traite-dinvestissement-transcription-fr.pdf>.

OSEMO Willis, *Accord sur la Zone d'investissement commune*, 27 avril 2020, (visité le 12 novembre 2020), disponible sur : <https://www.comesa.int/accord-sur-la-zone-dinvestissement-commune/>.

SERRURIER Enguerrand, *Le code panafricain des investissements : Modèle imparfait d'un droit international économique au service du développement durable*, 11 octobre 2019, (visité le 16 novembre 2020), disponible sur : <https://www.revues.scienceafrique.org/ngabandibolel/texte/serrurier2019/>.

SIPOWO Alain-Guy T., *Une possible conciliation des droits humains et l'investissement : regard sur les principes de la société africaine pour le droit international relatifs à l'investissement international pour le développement durable en Afrique*, 21 novembre 2016, (visité le 12 janvier 2021), disponible sur : <http://www.quidjustitiae.ca/blogue/une-possible-conciliation-des-droits-humains-et-linvestissement-regard-sur-les-principes-de>.

## **MATÉRIEL LÉGISLATIF ET INSTRUMENTS POLITIQUES :**

CAE, *EAC Legal Texts and Policy Documents*, (visité le 22 novembre 2020), disponible sur : <https://www.tralac.org/resources/by-region/eac.html>.

CAE, *East African Community Model Investment Code*, adopté en juillet 2006, (visité le 15 janvier 2021), disponible sur : <https://www.tralac.org/documents/resources/eac/1378-eac-model-investment-code-july-2006/file.html>.

CAE, *Protocol on the Establishment of the East African Community Common Market*, adopté le 20 novembre 2009, (visité le 15 janvier 2021), disponible sur : <https://www.eac.int/documents/category/protocols>.

CAE, *Treaty for the Establishment of the East African Community*, adopté le 30 novembre 1999, (visité le 15 janvier 2021), disponible sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2487/download>.

CEDEAO, *ECOWAS Common Investment Code (ECOWIC)*, adopté en juillet 2018, (visité le 18 janvier 2021), disponible sur : <https://nipc.gov.ng/product/ecowas-common-investment-code-ecowic/>.

CEDEAO, *Politique commerciale : Code Commun et Politique des Investissements de la CEDEAO*, (visité le 19 janvier 2021), disponible sur : <https://ecotis.projects.ecowas.int/developpement-des-politiques/ententes-en-cours-de-negotiation/?lang=fr>.

CEDEAO, *Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie*, adopté le 31 janvier 2003, (visité le 15 janvier 2021), disponible sur : <https://erera.arrec.org/wp-content/uploads/2016/08/Protocole-sur-l-energie-de-la-CEDEAO.pdf>.

CEDEAO, *Supplementary Act A/SA.3/12/08 Adopting Community Rules on Investment and the Modalities for their Implementation with ECOWAS*, adopté le 19 décembre 2008, (visité le 15

janvier 2021), disponible sur : <https://jusmundi.com/en/document/treaty/en-supplementary-act-a-sa-3-12-08-adopting-community-rules-on-investment-and-the-modalities-for-their-implementation-with-ecowas-ecowas-supplementary-act-on-investments-friday-19th-december-2008>.

CEDEAO, *Traité d'établissement révisé du 24 juillet 1993*, révisé en 2010, (visité le 15 janvier 2021), disponible sur : <https://www.ecowas.int/wp-content/uploads/2015/02/Traite-Revise.pdf>.

COMESA, *Industrialisation inclusive et durable : Rapport biennal 2016-2017*, 2018, (visité le 18 janvier 2021), disponible sur : [https://www.comesa.int/wp-content/uploads/2019/02/2016\\_17-Annual-Report-FINAL\\_fr\\_web.pdf](https://www.comesa.int/wp-content/uploads/2019/02/2016_17-Annual-Report-FINAL_fr_web.pdf).

COMESA, *Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area*, adopté le 23 mai 2007, (visité le 15 janvier 2021), disponible sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3092/download>.

COMESA, Revised investment Agreement for the Comesa Common Investment Area (CCIA), adopté en novembre 2017, (visité le 12 novembre 2020), disponible sur : <https://www.lawinsider.com/documents/dLSO8xQjEw6>.

EUROPEAN COMMISSION, *European Commission Concept Paper: Investment in TTIP and beyond – the path for reform Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court et Europe*, 5 mai 2015, (visité le 5 décembre 2020), disponible sur : [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF).

ONU, *L'Afrique que nous voulons en 2030, 2063 et au-delà, Forum de haut niveau : « Actions et résultats immédiats pour le Programme de développement durable à l'horizon 2030, dans le contexte du premier Plan décennal de mise en œuvre de l'Agenda 2063 pour la transformation de l'Afrique : Opportunités et défis »*, 20 avril 2016, (visité le 12 janvier 2021), disponible sur : <https://www.un.org/fr/africa/osaa/pdf/events/20160420/conceptnote.pdf>.

SADC, *Accord portant Amendement de l'Annexe I (coopération en matière d'investissement) du protocole sur la finance et l'investissement*, publié le 17 mai 2017, (visité le 5 janvier 2021), disponible sur : [https://www.sadc.int/files/9114/9500/6488/Agreement\\_Amending\\_Annex\\_1\\_-\\_Cooperation\\_on\\_investment\\_-\\_on\\_the\\_Protocol\\_on\\_Finance\\_Investment\\_-\\_French\\_-\\_2016.pdf](https://www.sadc.int/files/9114/9500/6488/Agreement_Amending_Annex_1_-_Cooperation_on_investment_-_on_the_Protocol_on_Finance_Investment_-_French_-_2016.pdf).

SADC, *Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, adopté en juillet 2012, (visité le 1er décembre 2020), disponible sur : <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf>.

SADC, *Protocol on Finance and Investment*, adopté le 18 août 2006, (visité le 15 janvier 2021), disponible sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2730/download>.

TBI Bénin-Canada, *Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Benin for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, adopté le 09 janvier 2013, (visité le 15 janvier 2021), disponible sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/438/download>.

TBI Burundi-Kenya, *The foreign investment protection act (cap. 518) declaration of special arrangements for the reciprocal promotion and protection of investments*, adopté le 1<sup>er</sup> avril 2009, (visité le 17 janvier 2021), disponible sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5533/download>.

TBI République du Congo-Maroc, *Accord entre le gouvernement du Royaume du Maroc et le gouvernement de la République du Congo sur la promotion et la protection réciproques des investissements*, adopté le 30 avril 2018, (visité le 10 janvier 2021), disponible sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5809/download>.

TBI Mali-Sénégal, *Accord entre le gouvernement de la république du Mali et le gouvernement de la république du Sénégal concernant la promotion et la protection réciproques des investissements*, adopté le 12 avril 2005, (visité le 17 janvier 2021), disponible sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5776/download>.

TBI Maroc-Nigéria, *Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria*, adopté le 3 décembre 2016, (visité le 8 décembre 2020), disponible sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>.

UNCTAD, *International investment agreements reform accelerator*, 8 novembre 2020 (visité le 4 janvier 2021), disponible sur : [https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d8\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d8_en.pdf).

UNCTAD, *Reforming investment dispute settlement : a stocktaking*, mars 2019, (visité le 4 janvier 2020), disponible sur : [https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2019d3\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2019d3_en.pdf).

UNECA, *Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : implication pour l'intégration régionale*, mars 2016, (visité le 22 janvier 2021), disponible sur :

<https://repository.uneca.org/bitstream/handle/10855/23352/b11565949.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

UNION AFRICAINE, *Développement du commerce et de l'industrie*, 16 mai 2019, (visité le 23 janvier 2021), disponible sur : <https://au.int/fr/developpement-du-commerce-et-de-lindustrie>.

UNION AFRICAINE, *Projet Code Panafricain des investissements*, adopté le 31 décembre 2016, (visité le 18 novembre 2020), disponible sur : [https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-projet\\_code\\_panafricain\\_dinvestissements\\_decembre\\_2016.pdf](https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-projet_code_panafricain_dinvestissements_decembre_2016.pdf).

UNION AFRICAINE, *Réunion d'experts sur l'examen du Code d'investissement panafricain (CIPA)*, du 30 novembre au 2 décembre 2015, (visité le 7 décembre 2020), disponible sur : [https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-rapport\\_de\\_la\\_reunion\\_dexperts\\_sur\\_lexamen\\_du\\_cipa\\_decembre\\_2015.pdf](https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-rapport_de_la_reunion_dexperts_sur_lexamen_du_cipa_decembre_2015.pdf).

UNITED STATES, U.S. Model Bilateral Investment Treaty, 2012, (visité le 3 décembre 2020), disponible sur : <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

#### **SENTENCES ARBITRALES :**

*Salini Costruttori S.p.A et Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 juillet 2001.