

RLDLA 6998

Collaboration ZLEC-OHADA : une potentielle solution à la résolution des différends relatifs aux investissements panafricains ?

Les négociations en cours entre les membres de la Zone de Libre Échange Continentale (ZLEC) concernant le mode de résolution des différends relatifs aux investissements intra-africains reflètent la recherche d'équilibre entre : i) la nécessité d'encourager les investissements intra-africains et de garantir aux investisseurs des moyens de recours efficaces, d'une part, et ii) de soutenir les membres de la ZLEC dans leur politique d'investissement, d'autre part. Cet article discute de l'éventualité d'un système de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) fondé sur l'expérience acquise par les États africains, les défis que peuvent présenter certains aspects de ce système, et le possible recours à une troisième voie qui permettrait de répondre à ces défis, notamment en ayant recours à l'OHADA.



Thomas KENDRA
Associé en Arbitrage
International

Co-dirigeant du
groupe Paris-
Afrique de Hogan
Lovells

Membre du
Board du Kigali
International
Arbitration Centre

Co-fondateur
de l'organisation
AfricArb

Depuis l'entrée en vigueur de la ZLEC, le 30 mai 2019, le rêve de l'unité économique africaine commence à prendre forme. Trois protocoles ont d'ores et déjà été conclus et trois autres sont en cours de négociation, dont le Protocole sur les investissements qui suscite un intérêt particulier concernant son futur mécanisme de résolution des différends. L'un des défis majeurs des négociations de ce Protocole consiste à satisfaire les intérêts de tous les membres de l'Union Africaine, une tâche qui pourrait s'avérer compliquée, comme en témoigne la décision récente de l'Union d'étendre le délai de conclusion de ces négociations de janvier 2020 à janvier 2021⁽¹⁾. Ce défi s'articule autour de la quête d'un équilibre entre encourager les investissements, d'une part,

et procurer un mécanisme de résolution des différends entre investisseurs et États prenant en compte les préoccupations de ces derniers à l'encontre de l'arbitrage d'investissement, d'autre part. Ce Protocole est un élément central de la ZLEC dans son objectif de promouvoir les investissements panafricains, qui ne représentent actuellement que 19 % des investissements en Afrique, alors que les investissements dans les autres continents se situent au-delà de 50 % (atteignant presque 70 % en Europe)⁽²⁾.

Cet article tentera de discerner les contours que pourrait prendre un tel système RDIE, tout en considérant la place que l'OHADA pourrait y occuper. Nous nous pencherons tour à tour sur l'intérêt que pourrait offrir un système RDIE, ainsi que sur les défis qu'en-

(1) Key decisions of the 32nd Ordinary Session of the Assembly of the African Union (February 2019), decision on the African Continental Free Trade Area (AfCFTA), p. 1, Dépôt Commun de l'Union africaine.

(2) Fostering development through Trade Finance, African Development Bank Group, April 2017.

gèrerait un tel système. Nous explorerons ensuite une possible troisième voie satisfaisant les préoccupations de chacun, dans lequel l'OHADA pourrait avoir un rôle à jouer.

I. – Le système RDIE comme élément central du protocole sur les investissements

Nous étudierons dans un premier temps la popularité des RDIE dans les différends impliquant un investisseur ou un État africain. Dans un second temps, nous analyserons la conformité du système RDIE aux objectifs d'uniformité et de prévisibilité de la ZLEC.

A. – Un système populaire dans les différends entre investisseurs et États africains

Les négociateurs du Protocole pourraient réfléchir à un système RDIE, puisque celui-ci est bien établi et reste populaire en Afrique.

Les États africains ont conclu un grand nombre de traités relatifs aux investissements. 46 des 54 pays signataires de la ZLEC sont des États partis à la Convention internationale pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)⁽³⁾. Selon la *United Nations Conference on Trade and Development*, plus de 800 traités bilatéraux d'investissement (TBI) comprennent une partie africaine, dont 171 TBI intra-africains⁽⁴⁾. Au cours de ces dix dernières années, 52 TBI conclus comprennent au moins une partie africaine, tel que le TBI Maroc-Congo (2018). Une très grande majorité de ces TBI propose un système RDIE, souvent le CIRDI ou la CNUDCI mais aussi parfois des centres africains, notamment la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA)⁽⁵⁾. En outre, seuls 26 TBI ont expiré ou ont été interrompus soit par dénonciation unilatérale, soit par consentement mutuel, et parmi ces derniers, en excluant l'Inde et l'Afrique du Sud, seuls 7 TBI ont fait l'objet d'une dénonciation par un État africain ou par l'autre État contractant.

TBI	Nombre
TBI expirés ou interrompus.	26
TBI dénoncés par l'Inde.	8
TBI dénoncés par l'Afrique du Sud	11
TBI expirés ou interrompus par un État africain (autre que l'Afrique du Sud) ou l'autre État contractant	7

Au-delà des TBI, les RDIE se sont également développés en Afrique durant ces dernières années grâce aux organisations

(3) T. Naud and others, *Recent Trends in Investment Arbitration in Africa*, *Global Arbitration Review*, 2019.

(4) UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

(5) L'option CCJA est proposée dans plusieurs traités, notamment l'article 9 du TBI Burkina Faso-Tchad, l'article 10 du TBI Bénin-Tchad et l'article 9 du TBI Burkina Faso-Guinée.

subrégionales, celles-ci offrant souvent la possibilité de régler les différends liés à l'investissement par l'arbitrage. L'article 26 du Protocole sur l'énergie de la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest autorise par exemple la résolution des différends par l'arbitrage⁽⁶⁾. De manière similaire, l'article 28 de l'accord sur les investissements de la COMESA⁽⁷⁾ propose aux investisseurs et aux États plusieurs mécanismes pour régler leurs différends, dont l'arbitrage⁽⁸⁾.

De plus, les statistiques liées à l'investissement mettent en avant la popularité de ce mode de règlement entre investisseurs et États. Par exemple, 135 différends entre investisseurs et États impliquant au moins une partie africaine ont été résolus *via* l'arbitrage CIRDI. En outre, les investisseurs africains interviennent de plus en plus en tant que demandeurs devant les tribunaux CIRDI contre les États africains et non-africains⁽⁹⁾. Par ailleurs, au sein de l'OHADA, les différends entre investisseurs et États ont depuis longtemps été soumis à l'arbitrage CCJA ou OHADA, ces arbitrages se fondant sur les TBI conclus entre les États Parties de l'OHADA, dont notamment le TBI Burkina Faso-Tchad, le TBI Bénin-Tchad et le TBI Burkina Faso-Guinée. En 2017, l'article 3 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage et l'article 2 du règlement CCJA ont officialisé ce recours à l'arbitrage d'investissement⁽¹⁰⁾.

Bien que les négociateurs du Protocole puissent être tentés d'avoir recours à un nouveau système de règlement des différends liés à l'investissement, la présence et la popularité des RDIE dans de nombreux traités pourraient avoir une influence sur leur choix final. De plus, comme nous allons le voir, ce système s'avère conforme aux objectifs de la ZLEC.

B. – Un système conforme aux objectifs d'uniformité et de prévisibilité de la ZLEC

Le préambule de l'accord sur la ZLEC indique que deux de ses principaux objectifs seraient « *d'établir des règles prévisibles* » et « *d'assurer la cohérence des politiques, notamment dans les relations avec les parties tierces* »⁽¹¹⁾. Le Protocole pourrait s'inscrire en continuité de ses objectifs, afin d'offrir aux investisseurs un cadre légal et économique à la fois prévisible et uniforme.

Opter pour un système RDIE offrirait une uniformité juridique aux investisseurs. En effet, l'établissement d'un seul centre RDIE, indépendant des États, garantirait une applica-

(6) Article 26 du ECOWAS Energy Protocol A/P4/1/03, 2003.

(7) Marché commun de l'Afrique orientale et australe.

(8) Article 28 du Investment Agreement For the COMESA Common Investment Area, 2007.

(9) *Oded Besserglik v Republic of Mozambique*, ICSID Case No. ARB(AF)/14/2, *G. Almasryia for Operating & Maintaining Touristic Construction Co. L.L.C. v. State of Kuwait* (ICSID Case No. ARB/18/2); *Global Telecom Holding SAE v. Canada*, ICSID Case No. ARB/16/06.

(10) Article 3 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage, 2017, et article 2 du Règlement d'arbitrage CCJA, 2017.

(11) Accord portant création de la Zone de Libre Échange Continentale Africaine, 30 mai 2019, Préambule.

tion unique et prévisible des règles de droit, atout essentiel pour attirer les investisseurs. D'ailleurs, à l'heure actuelle, le système RDIE est le plus répandu au sein des États africains comme moyen de promotion des investissements. Instaurer un tel système assurant uniformité et prévisibilité pourrait encourager les investissements intra-africains, qui ne sont actuellement que de 19 %, un niveau faible comparé à ceux des autres continents, souvent au-delà de 50 % (jusqu'à presque 70 % en Europe) – les États pourraient en outre bénéficier du fait que ce soit déjà un « terrain connu ».

Toutefois, faire appel à un tel système n'est pas sans compter certains défis que nous allons maintenant explorer.

II. – Les défis liés aux RDIE : un mal pour un bien ?

Nous examinerons dans un premier temps la perception des États comme parties succombantes aux arbitrages d'investissement. Dans un deuxième temps, nous analyserons les critiques sur le potentiel manque de transparence de ces arbitrages.

A. – Les États perçus comme les parties succombantes

Selon une opinion répandue, les États sont souvent perçus comme étant « victimes » de l'arbitrage d'investissement. En effet, selon certains, les États africains seraient souvent condamnés à verser des dommages et intérêts importants au bénéfice des investisseurs, des sommes pouvant parfois, selon un institut, dépasser le produit intérieur brut⁽¹²⁾. En outre, les États africains ne seraient pas en mesure d'intenter d'action devant un tribunal arbitral et, de ce fait, leur rôle serait limité à se défendre contre les demandes des investisseurs⁽¹³⁾.

L'expérience des États africains avec le système RDIE pourrait donc aider les négociateurs du Protocole à établir un mécanisme de résolution des conflits prenant en compte les intérêts des États, tout en continuant de garantir une protection des investissements aux investisseurs.

La perception d'un manque de transparence est également une critique à l'encontre du système RDIE.

B. – Des critiques sur le potentiel manque de transparence

Certains détracteurs avancent que l'opacité de l'arbitrage d'investissement ne serait pas compatible avec la fonction du Gouvernement de représentant des citoyens⁽¹⁴⁾.

Contrairement à un arbitrage commercial où l'intérêt privé des parties est en jeu, l'arbitrage d'investissement doit trancher un différend où une partie cherche à protéger son intérêt privé, et l'autre partie, le Gouvernement, cherche à protéger l'intérêt public.

Un Gouvernement amené à payer des dommages à un investisseur sans que ses contribuables soient informés de la sentence alors qu'ils sont les premiers contributeurs au budget de l'État serait contraire à l'intérêt public du pays⁽¹⁵⁾. Par conséquent, cette opacité pourrait créer une certaine confusion pour le citoyen concernant la gestion des ressources de l'État⁽¹⁶⁾.

Le Protocole sur les investissements pourrait prendre en considération ce manque de transparence des procédures en intégrant certaines règles internationales. La ZLEC pourrait également s'inspirer de récents TBI, comme nous allons l'examiner.

III. – L'amélioration dans le changement : une troisième voie

En réponse aux critiques formulées à l'encontre des RDIE, le Protocole pourrait se montrer innovant tout en restant fidèle à un mécanisme ayant fait ses preuves et propice aux investissements.

Nous verrons dans un premier temps la possibilité de limiter le champ d'application du Protocole. Dans un second temps, nous étudierons les potentielles obligations qui pourraient peser sur l'investisseur. Nous examinerons dans un troisième temps la potentielle obligation de transparence dans l'arbitrage d'investissement. Enfin nous analyserons dans un quatrième temps la proposition d'un mécanisme africain pour trancher les différends.

A. – Possibilité de limiter le champ d'application du Protocole

Les définitions d'investissement et d'investisseur pourraient être limitées afin de prendre en compte uniquement les investissements et les investisseurs initialement ciblés par les États.

(12) Transnational Institute, ISDS en chiffres, Impact de l'arbitrage des investissements contre les États d'Afrique, oct. 2019, p. 5.

(13) Transnational Institute, ISDS en chiffres, Impact de l'arbitrage des investissements contre les États d'Afrique, oct. 2019, p. 4.

(14) OECD Working Papers on International Investment 2005/01, Transparency and third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures; N. Blackaby, Public Interest and Investment Treaty Arbitration, in Albert Jan van den Berg (ed), International

Commercial Arbitration : Important Contemporary Questions ICCA Congress Series, 2003.

(15) OECD Working Papers on International Investment 2005/01, Transparency and third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures, p. 11.

(16) N. Blackaby, Public Interest and Investment Treaty Arbitration, in Albert Jan van den Berg (ed), International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions ICCA Congress Series, 2003, p. 5.

→ *Considération d'une définition restreinte de l'investissement*

Plusieurs traités d'investissement adoptés récemment limitent leur champ d'application en restreignant la définition de l'investissement.

Le TBI Maroc-Nigéria, conclu en 2016, limite son application aux investissements permettant un développement durable de l'État d'accueil⁽¹⁷⁾. En outre, l'article 1(3) énumère quatre conditions qu'un investissement doit remplir pour être couvert par les dispositions du traité : (i) l'engagement du capital de l'investisseur, (ii) la recherche de bénéfices, (iii) un risque, et (iv) l'investissement doit avoir lieu sur une certaine durée⁽¹⁸⁾.

L'article 1^{er} du TBI modèle de la *Southern African Development Community* (SADC) encourage également les investissements contribuant au développement durable des parties⁽¹⁹⁾.

Le TBI modèle des Pays-Bas, quant à lui, soutient les investissements contribuant au développement durable des parties contractantes en indiquant une liste de mesures favorisant un tel développement, tel que ne pas réduire les standards nationaux de protection environnementale ou de protection des travailleurs pour attirer les investissements⁽²⁰⁾. Le Protocole pourrait donc limiter son application à certaines catégories d'investissements. Il offrirait un cadre juridique et judiciaire attractif et stable, tout en protégeant les États d'investissements ne répondant pas à leurs attentes. Il pourrait aussi limiter les investisseurs pouvant se prévaloir de ses dispositions.

→ *Possibilité de limiter la catégorie des investisseurs pouvant soumettre une demande d'arbitrage contre un État*

Limiter la définition d'investisseur aux investisseurs poursuivant une activité substantielle serait une approche plausible. Les investisseurs bénéficiant de l'application du traité seraient limités à ceux ayant un lien substantiel avec leur État d'origine. Certains TBI proposent cette possibilité.

Le TBI modèle de la SADC, par exemple, suggère de limiter la catégorie des personnes morales pouvant être considérées comme investisseurs aux sociétés étant légalement établies selon les lois en vigueur dans l'État d'origine signataire du TBI, effectivement détenues ou contrôlées par des actionnaires ayant la nationalité de l'État d'origine et de conduire une activité substantielle dans l'État d'origine⁽²¹⁾.

Limiter la notion d'investisseur aux personnes naturelles ou morales ayant des activités substantielles dans leur État d'origine pourrait permettre d'éviter à une société de se prévaloir de la protection d'un traité d'investissement alors que son activité principale n'est liée à aucun État parti au

traité. Toutefois, limiter la définition d'investisseur à certaines conditions pourrait également limiter les investissements et ainsi avoir un impact sur la croissance des États.

Par ailleurs, le Protocole sur les investissements pourrait énoncer des obligations pesant sur les investisseurs.

B. – Un possible renforcement des obligations pouvant peser sur l'investisseur

Faire peser davantage d'obligations sur les investisseurs pourrait rééquilibrer les engagements entre l'État et les investisseurs. De plus en plus de traités d'investissement imposent des obligations conditionnant la capacité des investisseurs à se prévaloir desdits traités.

Le TBI modèle de la SADC impose aux investisseurs de ne pas corrompre les officiers publics ou leur famille dans l'optique de remporter un marché public⁽²²⁾. En outre, les investisseurs ont l'obligation de se conformer aux engagements environnementaux de l'État d'accueil. Les investisseurs respectent également les standards internationaux en matière de gestion de l'environnement et de bonne pratique, ainsi que les standards sociaux exigés par la déclaration de l'OIT sur les principes fondamentaux et sur le droit au travail de 1998⁽²³⁾.

De nombreux TBI font également référence à des principes directeurs adoptés par les instances internationales, telles que l'OCDE ou l'ONU, pour préciser le champ d'application de certaines clauses. Par exemple, la clause sur la responsabilité sociale des entreprises du TBI Brésil-Émirats Arabes Unis⁽²⁴⁾ renvoie aux Principes directeurs pour les entreprises multinationales de l'OCDE afin que les entreprises adoptent une conduite raisonnable dans des domaines tels que les relations professionnelles, les droits de l'homme, l'environnement, la lutte contre la corruption et la publication d'information.

En décembre 2019, le Centre de coopération internationale judiciaire et administrative de La Haye a publié des règles d'arbitrage spécifiquement dédiées aux différends relatifs à l'impact des entreprises sur les droits de l'homme⁽²⁵⁾. Les clauses relatives aux droits de l'homme des futurs TBI pourraient inclure ces règles imposant une procédure spécifique et des arbitres experts en droits de l'homme. Ainsi, les États d'accueil pourraient contraindre juridiquement et judiciairement un investisseur à respecter ses engagements en matière de droits de l'homme.

Le Protocole pourrait s'inspirer de ces obligations et ajouter une obligation à respecter le droit de l'État de légiférer dans les domaines d'ordre public, notamment concernant la santé publique ou le changement climatique⁽²⁶⁾.

(17) Les termes « développement durable » sont répétés plusieurs fois dans le préambule du TBI Maroc-Nigeria et l'article 1(3) relatif à la définition de l'investissement, 2016.

(18) Article 1(3) du TBI Maroc-Nigéria, 2016.

(19) Article 1^{er} du TBI modèle de la SADC, 2012.

(20) Article 6, paragraphes 1 et 4 du TBI modèle des Pays-Bas, 2019.

(21) Article 2 du TBI modèle de la SADC, 2012.

(22) Article 10.1 du TBI modèle de la SADC, 2012.

(23) Article 13 et article 15 du TBI modèle de la SADC, 2012.

(24) Article 15 du TBI Brésil-Émirats Arabes Unis, sur « *Corporate Social Responsibility* », 2019.

(25) The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, Center for International Legal Cooperation, December 2019.

(26) De nouveaux modèles de TBI prennent en considération le changement climatique comme domaine d'ordre public obligeant les États à légiférer.

Les négociateurs pourraient également imposer une obligation de transparence dans la résolution des différends.

C. – Considération d'une obligation de transparence

Comme mentionné ci-dessus, certains États sont préoccupés par le manque d'uniformité de certaines sentences dans l'arbitrage d'investissement et le manque d'impartialité et d'indépendance allégués de certains arbitres. Pour résoudre ce problème, le Protocole pourrait mettre en avant la transparence.

Par exemple, de récents TBI se réfèrent à la Convention de Maurice sur la Transparence⁽²⁷⁾. Cette Convention impose à tout État ou investisseur d'un État membre de la Convention de se soumettre aux règles de la CNUDCI sur la transparence qui rendent obligatoire la publication des documents principaux liés à un différend d'investissement⁽²⁸⁾.

Le TBI modèle des Pays-Bas de 2019 introduit également dans son article 4 une obligation de publication de toute décision en relation avec une disposition du traité ou de la rendre disponible pour les parties intéressées⁽²⁹⁾. De plus, l'article 20 sur la constitution et le fonctionnement du tribunal arbitral oblige les arbitres à se conformer aux règles sur la transparence de la CNUDCI⁽³⁰⁾. Le TBI modèle indien de 2015 rend obligatoire la publication par les parties d'un certain nombre de documents, dont les décisions rendues par le tribunal arbitral⁽³¹⁾.

D. – Possibilité d'un arbitrage intra-africain par des institutions africaines d'arbitrage

Le Protocole pourrait aussi limiter les arbitrages d'investissement au continent africain. Un arbitrage d'investissement ne serait possible que s'il était conduit par une institution d'arbitrage africaine sous l'égide des règles d'une institution arbitrale africaine ou de la CNUDCI.

Le Projet du code panafricain d'investissements propose une solution en ce sens, limitant l'arbitrage aux institutions africaines : « [...] le différend [entre les investisseurs et les États membres] peut être soumis à l'arbitrage, [...] mené par tout centre africain public ou privé de résolution des différends [sous l'égide] des règles de la [CNUDCI] »⁽³²⁾.

Les négociateurs pourraient s'attarder sur cette proposition. En effet, se doter d'un mécanisme de résolution des différends situé en Afrique et régi par des

règles établies par une organisation africaine pourrait avoir une influence sur la confiance des parties dans un tel système. Le système OHADA pourrait apporter de telles garanties.

IV. – Un rôle pour l'OHADA dans le Protocole sur les investissements

Le Protocole sur les investissements devrait offrir à une partie ayant subi un dommage un mécanisme performant de résolution des différends entre investisseurs et États. Dans le cas où les négociations du Protocole aboutiraient à la mise en place d'un arbitrage d'investissement, une des solutions serait de favoriser un arbitrage situé en Afrique et administré par une institution africaine d'arbitrage, comme le Projet du code panafricain d'investissements le mentionne en son article 42 (1) (d). Dans ce cadre, l'OHADA s'avèrerait être une éventuelle alternative que les négociateurs ne pourraient ignorer. En effet, depuis un certain nombre d'années, l'arbitrage OHADA offre la possibilité de résoudre les différends liés aux investissements par l'intermédiaire, tout d'abord, des TBI intra-OHADA, comme le TBI Burkina Faso-Tchad, et, par la suite, de l'OHADA elle-même depuis la réforme de l'arbitrage en 2017. Dans ce système, mis en évidence par la réforme de 2017, l'OHADA propose deux types d'arbitrages d'investissement, l'un par les institutions d'arbitrage des États Parties *via* l'article 3 de l'Acte Uniforme relatif à l'arbitrage⁽³³⁾, l'autre par la CCJA, sous l'égide de l'article 2 du règlement CCJA qui permet à une sentence d'être exécutée dans tous les États Parties de l'OHADA sans passer devant un tribunal étatique pour l'exécution de celle-ci⁽³⁴⁾. De plus, dans le cas où les négociateurs de la ZLEC choisiraient une cour pour résoudre les conflits liés à l'investissement, la CCJA pourrait également être un choix avantageux puisqu'elle est aussi une cour suprana-tionale. Dans tous les cas, l'expérience de l'OHADA pourrait inspirer le futur mode de résolution des différends du Protocole sur les investissements, ou permettre même à celle-ci d'obtenir un rôle dans les futurs conflits liés aux investissements intra-africains.

Un système RDIE administré par une institution africaine pourrait constituer un système potentiellement intéressant, notamment pour encourager les investissements et établir une relation de confiance avec les investisseurs. Toutefois, d'autres systèmes pourraient être mis en avant par les investisseurs et les États africains, notamment du fait d'une expérience pratique plus importante. L'articulation entre l'OHADA, la CCJA et la ZLEC pourrait trouver sa place lors des négociations en cours au sein de la ZLEC. ■

férer : v., par ex., le Traité d'investissement modèle vert (*Model Green Investment Treaty*).

(27) Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, 2015.

(28) Article 2 de la Convention Maurice sur la Transparence, 2017.

(29) Article 4 sur la transparence du TBI modèle des Pays-Bas, 2019.

(30) Article 20, paragraphe 13 du TBI modèle des Pays-Bas, 2019.

(31) Article 22 du TBI modèle de l'Inde, 2015.

(32) Article 42(1)(c) et (d) du Projet du code panafricain d'investissements.

(33) Article 3 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage, 2017.

(34) Article 2 du règlement d'arbitrage de la CCJA, 2017.