

LA SEMAINE JURIDIQUE

ENTREPRISE ET AFFAIRES

18 AVRIL 2018, NUMÉRO SPÉCIAL ISSN 1290-5119



Conférence annuelle
**Sécurité juridique
des investissements
en Afrique**
Paris, 3 et 4 mai 2018

Attractivité des investissements - Faut-il avoir un code d'investissement pour attirer des investissements ?, étude W. Ben Hamida

Arbitrage - La réforme du droit de l'arbitrage OHADA, étude L. Degos et M. C. Kayudi

Afrique - La sécurité juridique des investissements en Afrique, Entretien avec M. K. Brizoua-Bi

Avocat - Le partage des savoir-faire et des expériences est essentiel, Entretien avec M.-A. Peyron

Entreprise - La proximité et la qualité de la relation avec l'avocat, Entretien avec S. Fougou

Inscriptions sur :
ablfaparis2018.evenium-site.com

Sommaire

La Semaine Juridique - Entreprise et affaires - N° spécial, 18 avril 2018

Programme, 4^e de couverture

SÉCURITÉ JURIDIQUE DES INVESTISSEMENTS EN AFRIQUE

■ Édito

P. 3

■ Entretiens

La sécurité juridique des investissements en Afrique,
par **Michel Kizito Brizoua-Bi**

P. 4

Le partage des savoir-faire et des expériences est essentiel,
par **Marie-Aimée Peyron**

P. 6

La proximité et la qualité de la relation avec l'avocat,
par **Stéphanie Fougou**

P. 16

■ Études

Faut-il avoir un code d'investissement pour attirer des investissements?,
par **Walid Ben Hamida**

P. 8

La réforme du droit de l'arbitrage OHADA,
par **Louis Degos**
et **Misamu Coco Kayudi**

P. 18

LES AUTEURS



Michel Kizito Brizoua-Bi,
Président de l'Association des
Cabinets d'Avocats d'Affaires
Africains / African Business Law
Firms Association (ABLFA).



Louis Degos, Managing
Partner, K&L Gates LLP, Membre
du Conseil National des
Barreaux, Ancien Membre du
Conseil de l'Ordre, Directeur de
la Revue Pratique de Prospective et
d'Innovation.



Stéphanie Fougou, Prési-
dente de l'AFJE.



Walid Ben Hamida, est maître
de conférences à l'université
Paris-Saclay (Univ. Évry).



Misamu Coco Kayudi,
Bâtonnier du Barreau de
Kinshasa - Matete, Secrétaire
Général et Formateur Cifaf,
Membre du Conseil d'adminis-
tration de la Conférence Internationale des
barreaux de tradition juridique commune
(CIB), Membre de l'Union Internationale des
Avocats (UIA).



Marie-Aimée Peyron,
Bâtonnier du barreau de Paris.

LA SEMAINE JURIDIQUE

Juris-Classeur Périodique (JCP)

92^e année - N° spécial

Président-Directeur-Général et Directeur de la publication :
PHILIPPE CARILLON

Directrice éditoriale :

CAROLINE SORDET
(caroline.sordet@lexisnexus.fr)

Directeur de rédaction :

MARIE-ASTRID D'ÉVRY
(marie-astrid.devry@lexisnexus.fr)

Rédacteur en chef :

CONSTANCE HIBON (01 45 58 90 86)
constance.hibon@lexisnexus.fr

Éditeurs :

MARIE-CAPUCINE ROUSSET (01 45 58 93 06)
marie-capucine.berthelourosset@lexisnexus.fr

TIPHAINE DUCROCQ (01 45 58 93 45)
tiphaïne.ducrocq@lexisnexus.fr

Comité scientifique :

JEAN-JACQUES CAUSSAIN (†), Avocat à la Cour ; FLORENCE
DEBOISSY, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV ;

DOMINIQUE LEDOUBLE (Expert-comptable, Commissaire aux
comptes, Professeur associé au CNAM) ; MICHEL MORAND
(Avocat Associé, Cabinet Barthélémy, Professeur associé à
Clermont I) ; PHILIPPE PÉTEL, Professeur à la Faculté de droit de
Montpellier ; BERNARD TEYSSIE, Professeur à l'Université de
Paris (Panthéon-Assas).

Maquette et direction artistique : PHILIPPE BLANC

Direction Marketing Opérationnel / Publicité

CAROLINE SPIRE
Responsable clientèle publicité
caroline.spire@lexisnexus.fr - 01 45 58 94 69

CATHERINE THEVIN
Responsable du marketing opérationnel
catherine.thevin@lexisnexus.fr - 01 45 58 93 05

Relation clients : Tél. : 01 71 72 47 70

www.lexisnexus.fr

Abonnement annuel 2018 :

• France (métropole) :
714,70 euros TTC (700 euros HT)

• DOM-TOM et pays étrangers :
770 euros HT

• Prix de vente au numéro :
France (métropole) : 25,53 euros TTC (25,00 euros HT)

DOM-TOM et pays étrangers : 28 euros HT

• Offre spéciale étudiants :

<http://etudiant.lexisnexus.fr/>

SA AU CAPITAL DE 1.584.800 EUROS

552 029 431 RCS PARIS

PRINCIPAL ASSOCIÉ : REED ELSEVIER FRANCE SA

Siège social :

141, RUE DE JAVEL 75747 PARIS CEDEX 15

EVO-LUPRINT - PARC INDUSTRIEL EURONORD

10, RUE DU PARC 31150 BRUGUIÈRES

N° Imprimeur : 5879 - N° Éditeur : 5777

Dépot légal : à parution

Commission paritaire : n° 1121 T 80382

Photo de couverture : © FrankRamsrott - Getty

Numéro spécial gratuit pour les abonnés

Origine du papier : Allemagne

Taux de fibres recyclées : 6%

Certification : 100%

Impact sur l'eau : P_{TOT} = 0,01 kg / tonne



© LexisNexis SA 2018

Cette œuvre est protégée par les dispositions du Code de la
propriété intellectuelle, notamment par celles de ses disposi-
tions relatives à la propriété littéraire et artistique et aux droits
d'auteur. Ces droits sont la propriété exclusive de LexisNexis
SA. Toute reproduction intégrale ou partielle, par quelque

moyen que ce soit, non autorisée par LexisNexis SA ou ses
ayants droit, est strictement interdite.

LexisNexis SA se réserve notamment tous droits au titre de la
reproduction par reprographie destinée à réaliser des copies
de la présente œuvre sous quelque forme que ce soit aux fins
de vente, de location, de publicité, de promotion ou de toute

autre utilisation commerciale conformément aux dispositions
de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle
relatives à la gestion collective du droit de reproduction par
reprographie. Avertissement de l'éditeur : "Toute utilisation ou
traitement automatisé, par des tiers, de données personnelles
pouvant figurer dans cette revue sont formellement interdits".

La sécurité juridique des investissements en Afrique

Après Londres en 2016 et Washington en 2017, l'*African Business Law Firms* (ABLFA) tiendra sa conférence internationale à Paris les 3 et 4 mai prochains. Organisée en partenariat avec le barreau de Paris, cette 3^e édition portera sur « *La Sécurité juridique des investissements en Afrique* ».

L'occasion pour les entreprises et les professionnels du droit des affaires en Afrique de découvrir l'expertise et le savoir-faire des cabinets d'affaires africains, indispensables relais des investisseurs étrangers en Afrique.

Pendant 2 jours, d'éminents juristes africains et de grandes institutions financières africaines échangeront avec les cabinets et les entreprises européennes et françaises impliquées dans des opérations d'investissement dans toute l'Afrique.

LexisNexis et la Semaine juridique Entreprise et Affaires vous proposent ce numéro spécial dédié à l'évènement. Celui-ci est une occasion exceptionnelle de rencontres et d'échanges autour des informations clefs pour les opérations d'investissement en Afrique. Car si le potentiel de développement de ce continent est considérable, les professionnels se doivent d'être parfaitement conscients des écueils à éviter et des évolutions constantes des cadres juridiques et fiscaux.

Guillaume Deroubaix,
Directeur général LexisNexis MENA





La sécurité juridique des investissements en Afrique

Après Londres en 2016 et Washington en 2017, l'*African Business Law Firms* (ABLFA) tiendra sa réunion internationale à Paris les 3 et 4 mai prochains. Organisée en partenariat avec le barreau de Paris, cette 3^e édition portera sur « *La Sécurité juridique des investissements en Afrique* ». Rencontre avec Michel Kizito Brizoua-Bi, Président de l'*African Business Law Firms* (ABLFA), initiateur de l'évènement.

1 - Pouvez-vous nous présenter l'ABLFA, son histoire et les objectifs qu'elle poursuit ?

Michel Kizito Brizoua-Bi : L'ABLFA est l'Association des Cabinets d'Avocats d'Affaires Africains - *African Business Law Firms Association*, née à la suite de l'Assemblée constitutive du 27 mai 2015, en marge des assises de la Banque Africaine de développement (BAD) à Abidjan.

Le besoin de regroupement des cabinets d'avocats date de plusieurs années. En effet, il existait déjà sur le continent plusieurs réseaux de cabinets d'avocats, notamment en Afrique anglophone et d'institutions regroupant des barreaux au plan régional.

Cependant, on pouvait déplorer un manque de visibilité collective des barreaux d'affaires au plan africain.

C'est pourquoi, l'ABLFA a souhaité, dans le cadre d'une association et non pas d'un réseau, mettre un accent particulier sur le droit des affaires en rassemblant l'ensemble de ses acteurs et soutenir le rôle de promotion collective dévolue à nos barreaux.

L'Association ambitionne de mieux promouvoir l'expertise juridique disponible en droit des affaires en Afrique.

2 - Qui sont ses adhérents ?

Michel Kizito Brizoua-Bi : Les membres de l'ABLFA sont les cabinets d'avocats d'affaires appartenant aux barreaux des pays du continent africain.

3 - Vous préparez la 3^e Conférence annuelle, quel bilan tirez-vous des deux précédentes éditions ?

Michel Kizito Brizoua-Bi : Après Londres 2016, Washington 2017, ABFLA rempile avec Paris 2018. Quel bilan ?

Il faut rappeler que les deux précédentes éditions avaient pour thème « *La sécurisation des transactions en Afrique* ».

Ces deux précédentes éditions ont permis à l'Association de montrer l'exigence pour nos confrères internationaux de travailler de concert avec les cabinets locaux ayant une meilleure connaissance du terrain ; ce qui permet de mieux prévenir les risques juridiques inhérents aux grands projets.

En résumé, les précédentes éditions ont montré la parfaite complémentarité de nos interventions dans les dossiers qui nous sont confiés par une clientèle internationale de plus en plus exigeante.

4 - Pourquoi avoir choisi Paris cette année ?

Michel Kizito Brizoua-Bi : Paris est devenue une place de droit mondiale. Mieux, c'est à partir de Paris que les firmes françaises et les plus grandes firmes internationales dirigent et développent leurs activités sur le Continent.

Il était donc nécessaire après Londres et Washington de tenir cette conférence annuelle afin de mieux faire connaître nos membres et leurs expériences sur la place parisienne.

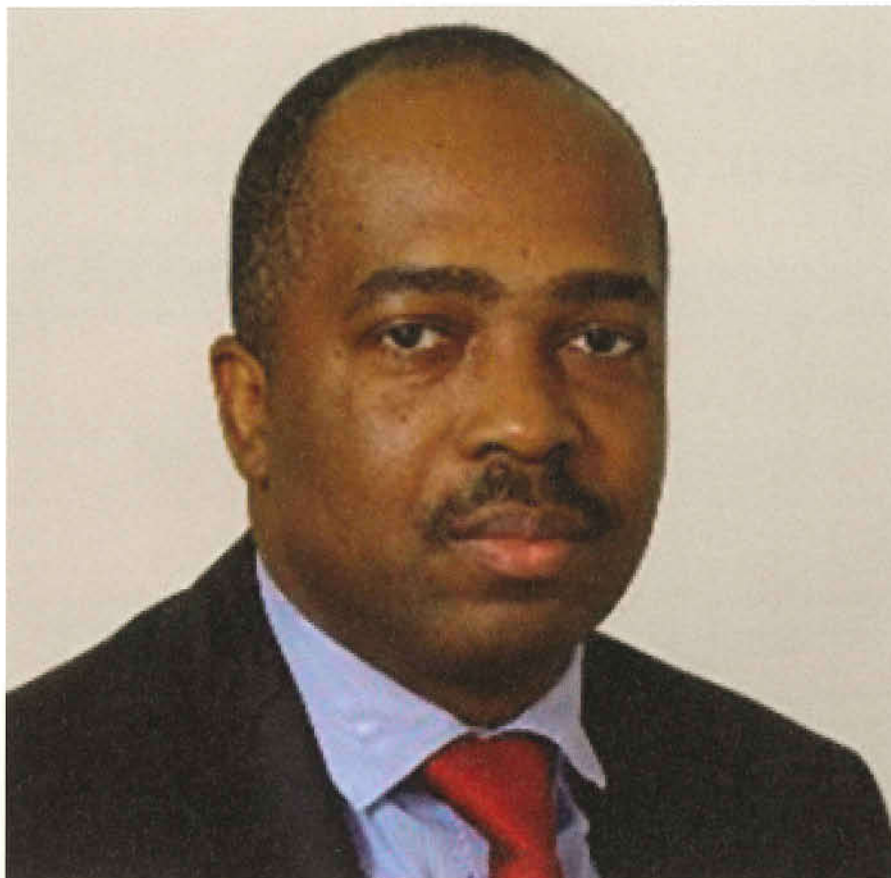
5 - Le barreau de Paris est partenaire, en quoi est-ce important pour vous ?

Michel Kizito Brizoua-Bi : Permettez-moi tout d'abord d'exprimer la gratitude de l'ABLFA à l'égard de Madame le Bâtonnier de Paris qui a spontanément accueilli et soutenu l'idée de cette conférence à Paris. Les relations entre le barreau de Paris et les instances ordinales de nos barreaux en Afrique sont d'ailleurs très anciennes. Dans ce contexte, nous estimions qu'en complément de l'action menée par les barreaux d'Afrique dans leurs relations bilatérales avec le barreau de Paris, il fallait envisager cette conférence de Paris comme un cadre d'échanges entre professionnels des deux continents. C'est un ballon d'essai et il appartiendra à notre successeur à la tête de l'ABLFA d'examiner comment cette expérience peut être améliorée l'an prochain à la dimension des immenses opportunités de collaboration qui existent entre les cabinets qui sont actifs dans l'axe Europe-Afrique.

Nous sommes optimistes car beaucoup reste à faire.

6 - Quels sont les principaux défis que rencontrent les cabinets africains dans leur développement international ?

Michel Kizito Brizoua-Bi : La taille des effectifs et la visibilité nous semblent constituer les deux défis majeurs auxquels font face nos cabinets. C'est vrai que dans des marchés comme celui du Nigeria, de l'Afrique du Sud et du Kenya, les firmes locales sont montées



en puissance avec des effectifs importants et comparables avec celles d'Europe mais dans une large partie, nos effectifs sont modestes pour ne pas dire faibles. Dans ces conditions, il est difficile d'envisager un développement à l'international lorsqu'un cabinet très compétent n'a pas, en nombre suffisant, les hommes pour exporter son expertise hors de ses frontières.

Le second défi qui nous semble être lié au précédent est la faible visibilité internationale des cabinets d'Afrique. En effet, il est jugé suicidaire par nombre d'acteurs d'envisager une stratégie internationale lorsque la question des effectifs adéquat pour aller à la conquête de l'international n'est pas résolue de manière pérenne. C'est une réaction par-

Michel Kizito Brizoua-Bi, Président de l'Association des Cabinets d'Avocats d'Affaires Africains / *African Business Law Firms Association (ABLFA)*

faitement compréhensible car l'international doit être créateur de valeur et non pas une source de dispersion voire d'affaiblissement. Enfin, sur ce point particulier qui est la raison d'être de l'ABLFA, il faut reconnaître que la visibilité des cabinets du continent est faible parce que dans l'ensemble nous ne communiquons pas assez ou parfois pas du tout sur nos cabinets et leurs succès.

Pour finir, il convient d'ajouter qu'un autre obstacle non moins important se dresse, c'est

celui de la réglementation de nos professions. En effet, permettre le développement international des cabinets suppose déjà au plan continental une plus forte intégration juridique notamment, la mise en place d'un vrai marché permettant largement l'implantation des cabinets dans d'autres pays. Or en la matière, les avancées sont très timides et rien ne nous incite à l'optimisme quand on observe les réticences suscitées par l'idée d'une ouverture des marchés du droit à des non-nationaux quand bien même ils seraient originaires d'Afrique. De mémoire, le seul exemple que nous pouvons citer, c'est le formidable pas réalisé depuis 2015 par le Règlement n° 05/CM/UEMOA de l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine qui permet la libre installation des cabinets d'avocats dans l'espace économique de cette zone. Nous espérons sincèrement que d'autres exemples de ce type d'intégration juridique suivront.

7 - Quelles sont les principales raisons qui doivent amener les investisseurs à travailler avec des cabinets d'avocats locaux ?

Michel Kizito Brizoua-Bi : L'investisseur est à la recherche du profit et de la sécurité juridique pour mener à bien son projet et ses activités. Dans ces conditions, le réflexe naturel à avoir est de s'adresser aux experts locaux qui peuvent sur la base de leur connaissance intime des réglementations locales, des expériences passées et aussi de l'environnement général d'un projet donner la meilleure lecture des situations juridiques et extra-juridiques qui pourront se poser à l'investisseur. Même si dans les grands projets il peut s'avérer parfois difficile d'identifier dans certains pays des cabinets qui ont des effectifs capables de soutenir pendant plusieurs mois voire plusieurs années, le processus de gestion juridique de ces projets, il n'est plus juste de soutenir qu'il n'y a pas d'expertise juridique en droit des affaires en Afrique. Je vous remercie.

Le partage des savoir-faire et des expériences est essentiel

Le barreau de Paris est partenaire de la conférence internationale de l'ABLFA sur la « Sécurité judiciaire des investissements en Afrique ». Il accueillera les échanges de la première journée à la Maison du barreau.

Rencontre avec Marie-Aimée Peyron, Bâtonnier du barreau de Paris.

1 - Pourquoi le barreau de Paris a souhaité soutenir cet évènement ?

Marie-Aimée Peyron : L'association des Cabinets d'Avocats d'Affaires Africains a choisi d'organiser son événement annuel à Paris : il nous a donc paru tout naturel de nous associer à cette initiative de qualité qui a déjà rencontré un grand succès à Londres et Washington. La place de droit de Paris est l'une des plus internationalisée au monde et notre barreau défend une tradition d'échanges et d'ouverture. Pour rappel, le barreau de Paris comprend 1700 avocats d'autres nationalités et plus de 65 structures étrangères, sans compter les cabinets internationaux ou actifs à l'international !

Dans l'Europe de l'après-Brexit, le barreau de Paris entend contribuer à développer encore davantage l'attractivité de la capitale : c'est pourquoi j'ai tenu à ce que nous rédigeons avec la ministre de la Justice les protocoles pour organiser le fonctionnement des toutes nouvelles chambres commerciales internationales instituées auprès du Tribunal de commerce et de la Cour d'appel de Paris. Tous les ingrédients du succès sont désormais réunis : un système de droit solide, des praticiens d'excellence, un des premiers centres d'arbitrage au monde et désormais des juridictions en mesure de prendre en charge des contentieux dans toutes les langues et dans tous les droits. Contribuer à l'organisation de conférences comme celles de l'ABLFA est l'occasion de rassembler cabinets africains, français, internationaux pour construire de nouveaux flux d'affaires dans ce nouveau climat propice.

2 - Le barreau de Paris est résolument tourné vers l'Afrique (Commissions, Campus, ...). Quelques mots sur ce fort intérêt et soutien du barreau vers l'Afrique ?

Marie-Aimée Peyron : Je suis moi-même née à Alger, sur le continent africain, ce que j'ai eu l'occasion de rappeler à mes confrères sur place très récemment. Nous avons la chance de compter au sein du barreau plusieurs associations et commissions ouvertes tournées vers l'Afrique. Depuis longtemps, le barreau de Paris mène des actions de coopération approfondies avec de nombreux pays africains et ce y compris en matière de droit économique. Nous avons donc un lien très fort, sinon sentimental, avec l'ensemble du continent avec lequel nous entretenons d'étroites relations. Nous voulons, avec nos confrères sur place, approfondir toujours plus ces liens qui lient Paris aux grands barreaux du continent. La conférence annuelle de l'ABLFA s'inscrit pleinement dans cette orientation commune que nous voulons faire connaître au plus grand nombre possible de confrères et permet un enrichissement mutuel de nos barreaux.

3 - Des perspectives de jumelage de barreaux sont-elles en projet ?

Marie-Aimée Peyron : Nous sommes actuellement, avec les membres de la commission internationale de l'Ordre des avocats de Paris, dont sa secrétaire, Madame Laurence Kiffer, en train de reprendre l'ensemble des conventions conclues par le passé, ceci afin de leur donner toute leur portée. Nous

avons à cet égard entamé des discussions avec nos homologues en Afrique du Nord et en Afrique subsaharienne. Nous avons à cœur de signer de nouveaux partenariats et jumelages. Nous fêterons d'ailleurs cette année les quinze ans de notre convention de coopération avec le barreau d'Alger. Enfin, nous organisons au mois de septembre un grand Campus international à Abidjan en coopération avec le barreau de Côte-d'Ivoire qui permettra aux avocats ivoiriens et français d'échanger et de porter des regards croisés en matière d'arbitrage et de droit OHADA. Cet événement, que j'appelle de mes vœux, devrait déclencher une dynamique réciproquement favorable pour les deux grandes places de droit et d'arbitrage que sont Abidjan et Paris. Il s'inscrira dans la suite de ce que nous avons pu organiser au Mali en 2014 et au Gabon en 2016. Le monde est en plein bouleversement et il est impératif que les avocats du monde entier, à commencer par ceux qui partagent une langue et une tradition juridique en commun, s'unissent pour faire face aux nouveaux défis que doit affronter notre profession dans le monde.

4 - Quels partenariats et actions ont déjà été entrepris entre le barreau de Paris et des barreaux africains ?

Marie-Aimée Peyron : Nous avons un grand nombre de partenariats bilatéraux et d'actions communes. Le barreau de Paris a pu soutenir financièrement des initiatives locales, comme la construction de maisons de l'avocat, fournir des experts en matière de formation ou encore s'investir dans la défense de confrères



en danger. Tout cela en coordination avec les différents barreaux concernés.

Aujourd'hui, nous comptons approfondir encore notre dialogue institutionnel avec les barreaux africains afin d'envisager comment rendre nos échanges toujours plus fructueux. Nous menons et continuerons à mener un certain nombre d'actions en propre mais nous nous sommes également rapprochés des opérateurs étatiques et européens afin de renforcer notre présence dans les programmes de coopération et de développement dans le domaine juridique et judiciaire. Les initiatives associatives comme celles de l'ABLEFA sont aussi dynamiques que précieuses car elles émanent des praticiens eux-mêmes. De plus, l'ABLEFA rassemble

Marie-Aimée Peyron,
Bâtonnier du barreau de Paris

des avocats d'affaires. Or, les affaires bien menées sont je crois l'un des plus importants vecteurs du développement. Et pour mener de bonnes affaires, il faut un environnement juridique adapté : les avocats y contribuent au premier chef.

5 - Quelles sont les principales raisons qui amènent certains praticiens français à faire appel à leurs confrères locaux ?

Marie-Aimée Peyron : Au-delà du seul contentieux, les cabinets parisiens ont

vraiment besoin des cabinets locaux pour mener à bien les affaires confiées par leurs clients investis économiquement en Afrique. Leur expertise juridique et leur connaissance de l'environnement de leur lieu d'établissement est primordiale sinon indispensable. À cet égard, nos barreaux respectifs doivent créer des opportunités pour faciliter le rapprochement entre confrères parisiens et africains. Ce rapprochement ne peut qu'entraîner une augmentation du volume des affaires qui sera profitable à tous, dans le respect des prérogatives de chacun.

6 - Le thème choisi pour cette conférence « Sécurité juridique des investissements en Afrique » est particulièrement intéressant pour les avocats des deux continents : quel est, selon vous, le rôle majeur des avocats conseillant les investisseurs ?

Marie-Aimée Peyron : Le partage des savoir-faire et des expériences est essentiel et constitue un enrichissement indispensable. Cette conférence constitue une occasion unique pour les cabinets d'affaires de tous pays de se rencontrer et de renforcer leur réseau. Le rôle des avocats conseillant les investisseurs est tellement vaste et important qu'il est difficile de hiérarchiser les priorités. Néanmoins, en l'espèce, il me semble qu'il s'agit avant tout de leur permettre d'investir sereinement dans des zones porteuses d'avenir que sont les différentes économies africaines. La baisse depuis cinq ans du volume d'investissements directs étrangers doit nous interpeller : avocats de tous pays, unissons-nous pour renverser cette tendance ! Nous aurons, j'en suis sûre, l'occasion d'en discuter lors de la conférence organisée les 3 & 4 mai par l'ABLEFA à laquelle je me réjouis par avance de participer en ma qualité d'associée d'un grand cabinet international et de Bâtonnier de Paris.

ÉTUDE DROIT ÉCONOMIQUE

ATTRACTIVITÉ DES INVESTISSEMENTS

On assiste à une concurrence entre les États pour attirer les investissements étrangers. L'une des questions posées est de savoir s'il y a un lien entre l'adoption d'un code dédié aux investissements et les flux des investissements. Après avoir décrit le régime juridique applicable à l'investissement en proposant une nouvelle classification entre les normes de protection et les normes d'opération, l'auteur essaiera, suivant une approche à la fois économique et juridique, de répondre à cette question.

Faut-il avoir un code d'investissement pour attirer des investissements ?



Étude par Walid Ben Hamida

Walid Ben Hamida est maître de conférences à l'université Paris-Saclay (Univ. Évry)

1 - La question des conditions de l'attractivité des investissements étrangers, c'est-à-dire la capacité d'un pays à attirer et à retenir les investisseurs, est devenue au cœur des réflexions stratégiques de plusieurs États¹. Durant ces dernières années, on a assisté à une concurrence entre les responsables gouvernementaux pour attirer les investissements étrangers. Certains ont renforcé la protection des investissements étrangers en accordant aux investisseurs plusieurs garanties. D'autres ont joué sur les politiques fiscales en proposant des exonérations pendant une période donnée². D'autres pays, enfin, ont proposé des subventions spécifiques et une atténuation des restrictions imposées

¹ B. du Marais, *Attractivité économique du droit : le droit français peut-il survivre dans la compétition internationale ?* : Dr. et patrimoine mai 2008, pp. 38-45, n° 170.

² Sur cette question, V. W. Ben Hamida, *Droit des investissements et droit fiscal*, in *Le droit des investissements internationaux : perspectives croisées, Journée d'études organisée par l'Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIÉS)*, ss la dir. de S. Robert Cuendet, Université Paris I : Bruylant, 2017 (épreuves), pp. 119-134. - N. Baccouche, *Incitations aux investissements et concurrence entre États*, in *Où va le droit des investissements. Désordre normatif et recherche d'équilibre, Acte du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, ss la dir. de F. Horchani : Paris, Pedone 2006, p. 62.

habituellement comme le contenu local minimum ou le niveau maximum d'exportation.

Cette attractivité est souvent mesurée par divers organismes qui classent les États. On peut citer à cet égard, le Rapport de la Banque Mondiale, « *Doing Business* »³, les statistiques de l'Investissement Direct Étrangers (IDE) établies depuis de nombreuses années par la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED) dans son rapport annuel « *World Investment report* »⁴, le « *Foreign Direct Investment Confidence Index* » ou le classement annuel de l'indice de confiance des investissements directs étrangers, réalisé par le cabinet A.T. Kearney⁵, le « *World Competitiveness Yearbook* » de l'*International Institute for Management Development* (IMD) à Genève⁶ et le « *Global Competitiveness Index* » élaboré par le *World Economic Forum* de Davos⁷.

Comment rendre un État plus attractif des investissements étrangers ? Quelles sont les réformes juridiques qu'il faut entreprendre en la matière ? Quel rôle peuvent-ils jouer les codes nationaux d'investissement pour attirer les flux d'investissement et renforcer l'attractivité économique d'un pays ?

Ces questions nécessitent des réflexions transversales et interdisciplinaires réunissant l'expertise juridique et la maîtrise de la science économique. Le droit des investissements, matière interdisciplinaire par excellence, offre un terrain privilégié pour mener ces réflexions⁸. Pour déterminer s'il y a un lien entre l'adoption d'un code national sur l'investissement et l'attractivité économique, il convient de décrire le régime juridique de l'investissement (1), avant d'examiner l'impact des codes d'investissement sur les flux d'investissement (2).

1. Le régime juridique de l'investissement

2 - Quel est le droit applicable à l'investissement ? Deux catégories de règles juridiques ou deux blocs normatifs régissent l'investissement national ou étranger : les règles de protection (A) et les règles d'opération ou de réalisation (B).

3 *Doing Business* est une publication la Banque Mondiale mesurant chaque année les régulations favorables et défavorables à l'activité commerciale. *Doing Business* présente des indicateurs quantitatifs sur la régulation des affaires ainsi que sur la protection des droits de propriété de 190 économies dans le monde, <http://français.doingbusiness.org/>.

4 <http://unctad.org/fr/pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=1413>.

5 www.atkearney.com/gbpc/foreign-direct-investment-confidence-index.

6 www.imd.org/wcc/world-competitiveness-center-rankings/world-competitiveness-yearbook-ranking/

7 www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2016-2017-1.

8 V. dans la même perspective très récemment, A. Myburgh et J. Paniagua, *Does international commercial arbitration promote FDI ?*, Congrès de la CNUDCI, *Modernizing International Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development* (4-6 July, Vienna), www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/113-MYBURGH_and_PANIAGUA_-_Does_Arbitration_Promote_FDI.pdf.

A. - Le droit de la protection

3 - Le droit de la protection protège l'investisseur contre les abus de l'État comme les expropriations, les traitements arbitraires et les discriminations. Les règles de protection sont en principe des règles de droit public. Elles régissent les relations entre l'État hôte et l'investisseur privé. Ces règles de protection sont prévues dans les traités internationaux d'investissement et dans les codes nationaux d'investissement.

1° Les traités internationaux d'investissement

4 - Un traité d'investissement est un accord international conclu entre deux États dont l'objectif est de protéger les investissements des ressortissants (les personnes physiques et les personnes morales) de l'un sur le territoire de l'autre. L'apparition des TBI se situe à la fin des années cinquante en Europe. Le premier TBI a été conclu entre la République fédérale d'Allemagne et le Pakistan le 25 novembre 1959. Il a été dénommé « *Treaty for the promotion and protection of investments* »⁹. Depuis, les TBI se sont largement développés dans les rapports entre les États européens et les États en développement. Jusqu'à une époque récente, les États-Unis étaient réticents à ces traités, et leur préféraient les traités d'amitié, de commerce et de navigation (« TACN ») (« *friendship commerce and navigation* »). Mais en 1982, les États-Unis ont conclu leurs premiers TBI avec l'Égypte (septembre 1982) et avec Panama (octobre 1982)¹⁰. La Chine a attendu 1982 pour conclure son premier traité avec la Suède. Le Japon, dont les investissements ont connu une extension considérable durant les années 70 et 80, a abandonné les anciens TACN et a conclu son premier TBI avec l'Égypte le 28 janvier 1977¹¹.

5 - Le succès des TBI a amené les États à conclure des TMI. Le premier accord multilatéral d'investissement a été conclu dans le cadre de l'Organisation de la Conférence Islamique. Aujourd'hui, la réglementation multilatérale des investissements trouve son terrain d'élection dans les conventions multilatérales de libre échange conclues à l'échelle régionale. De plus en plus, ces conventions abordent la question du régime juridique des investissements et contiennent des chapitres détaillés sur la protection des investissements étrangers. C'est le cas du chapitre 11 de l'ALENA ou du chapitre 10 du CAFTA (*Free Trade Agree-*

9 J.-P. Lavieq, *Promotion et protection des investissements, étude de droit international économique* : PUF, 1985, p. 8.

10 Les TACN couvrent des domaines fort variés comme le commerce, l'immigration, les droits personnels et les rapports consulaires ; voir pour les raisons qui ont poussé les États-Unis à abandonner leur TACN et à se rallier aux TBI à l'instar des européens, P. Juillard, *Chronique investissement* : AFDI 1983, p. 589.

11 Y. Matsui, *Japan's international legal policy for the protection of foreign investment*, *The Japanese annual of international law* 1989 n°32, p. 6-7.

ment between Central America, the Dominican Republic and the United States of America).

Les traités d'investissement contiennent pratiquement les mêmes règles. On en trouve ainsi des garanties substantielles et des garanties procédurales. Dans quasiment tous les traités, les États doivent accorder aux investisseurs étrangers un traitement juste et équitable et une sécurité pleine et entière. Ils ne doivent pas discriminer entre investisseurs en s'engageant à traiter les investisseurs étrangers comme les investisseurs nationaux (traitement national) et s'abstiennent à traiter différemment les investisseurs étrangers (traitement de la Nation la plus favorisée). En outre, dans certains traités, les États doivent respecter les contrats et les engagements pris à l'égard des investisseurs étrangers (*umbrella clause*). Les États doivent autoriser les transferts et s'interdire d'exproprier directement ou indirectement les investissements étrangers sans indemnisation. À ces garanties substantielles, s'ajoute une garantie procédurale importante : l'acceptation d'un arbitrage unilatéral qui pourrait être engagé par les investisseurs étrangers contre les États lorsque ces garanties ne sont pas respectées. En effet, ces traités contiennent une offre publique d'arbitrage, *erga omnes*, que les investisseurs peuvent invoquer pour attirer les États devant un tribunal arbitral souvent mis en place en application des règles du CIRDI ou de la CNUDCI¹².

Les traités d'investissement ne protègent que l'investissement étranger. L'investissement national échappe à ces traités. Un investisseur ne peut pas invoquer un traité d'investissement contre un État dont il est ressortissant. Pour cette raison, ces traités ont été considérés par certains comme inégalitaires. Ce jugement est à relativiser. En effet, ces traités protègent les investisseurs nationaux à l'étranger. De plus, comme le montrent certaines sentences arbitrales récentes, les nationaux peuvent invoquer un traité d'investissement contre des États dont ils sont ressortissants en incorporant des sociétés à l'étranger. Ce cas s'est produit dans l'affaire *Tokios Tokelos*¹³ et dans l'affaire *Yukos Universal*¹⁴. Hormis quelques traités conclus avec les États-Unis, le Japon et le Canada, les traités d'investissement ne régissent pas l'admission de l'investissement. En effet, on distingue en droit des investissements deux phases successives : la phase de l'admission (ou l'établissement) lorsque l'investisseur sollicite l'entrée dans le territoire de l'État hôte et la phase de l'investissement

proprement dit qui commence après l'admission¹⁵. La majorité des traités d'investissement reconnaissent la règle coutumière de la liberté de l'État d'admettre les investissements en application de son droit national. Ils contiennent ainsi une clause qualifiée de « clause d'admission » selon laquelle il appartient à chaque État d'admettre conformément à son droit national les investissements des ressortissants étrangers. Ainsi, le TBI Sénégal-Allemagne dispose que « chaque partie contractante admettra sur son territoire, en conformité de sa législation, les investissements effectués par des ressortissants et des sociétés de l'autre partie contractante, encouragera si possible ces investissements et considérera avec bienveillance la question de l'octroi des autorisations nécessaires »¹⁶. En conséquence, les garanties internationales de protection des investissements ne s'appliquent qu'après l'admission de l'investissement en application du droit national. Force est de reconnaître que le droit conventionnel actuel des investissements est de plus en plus atomisé, complexe et hétérogène. Il découle de traités internationaux pour lesquels aucune coordination n'a été prévue. Il est stratifié, c'est-à-dire composé de lois nationales sur les investissements adoptées par chaque État et de traité d'investissement qui existent à différents niveaux - bilatéral, sous-régional, régional, interrégional, sectoriel, plurilatéral et multilatéral - et qui peuvent se chevaucher.

2° Les codes nationaux d'investissement

6 - Les codes nationaux d'investissement contiennent aussi des règles de protection de l'investissement. Apparu dans les années 60, le terme code d'investissement désigne un corpus normatif établi par un État relatif à l'administration, à l'agrément, au traitement et à la protection des investissements, généralement dans un but incitatif¹⁷.

Contrairement aux traités d'investissement, les codes d'investissement contiennent généralement des règles détaillées sur l'admission de l'investissement. Ils indiquent les secteurs ouverts à l'investissement, les conditions d'entrée et la procédure à suivre pour s'établir. À titre d'exemple, le code tunisien des investissements de 1993 adopte, mis à part certains secteurs fixés limitativement, le « principe de la liberté d'investir » et institue un régime de déclaration dans lequel l'administration a une com-

12 V. par exemple, l'article 8 du TBI France-Jordanie de 1978, selon lequel « Chacune des Parties contractantes accepte de soumettre au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) les différends qui pourraient l'opposer à un ressortissant ou à une société de l'autre Partie contractante ». Voir sur ce phénomène, W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral, réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique* : Thèse Paris II 2003.

13 *Tokios Tokelos v. Ukraine* (ARB/02/18), *Décision sur la compétence*, 29 avr. 2004.

14 *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCTRAL, PCA Case No. AA 227, *Interim Award on Jurisdiction and Admissibility*, 30 nov. 2009.

15 Sur cette distinction, V. Th. Wälde et W. Ben Hamida, *The Energy Charter Treaty and corporate acquisition : The arbitrability of ECT pre-investment (access) rights, investment character of tender offers and parallel application of Energy Charter Treaty and European Community law*, in G. Coop and C. Ribeiro (eds) *Investment protection and the Energy Charter Treaty : Jurispublising 2009*, p. 151-227, spec. p. 163. - V. aussi, W. Ben Hamida, *L'admission des investissements et des investisseurs*, in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, ss la dir. de Ch. Leben : Pedone 2015*, pp. 243-264.

16 TBI de 1964 (Art 1), V. de même, TBI Sénégal-Pays-Bas (1979), Art I, TBI Sénégal-Royaume-Uni (1980).

17 *Dictionnaire en droit international public, ss la dir. de J. Salmon : Bruylant/AUF 2001*, p. 189.

Comment rendre un État plus attractif aux investissements étrangers ?

pétence liée par les conditions légales et n'est pas juge de l'opportunité de la décision¹⁸.

Les codes d'investissement prévoient aussi des règles de protection applicable à l'investissement après son établissement. Ils garantissent ainsi la protection du droit de propriété en interdisant les expropriations non accompagnées d'indemnisation. Ils interdisent les discriminations. Certains accordent des incitations fiscales accompagnées parfois d'un engagement étatique de stabilisation pendant une certaine période¹⁹. Dans plusieurs codes notamment africains, les États expriment une offre législative d'arbitrage permettant aux investisseurs d'initier directement des procédures d'arbitrage lorsque les garanties prévues dans le code ne sont pas respectées²⁰.

La valeur juridique des engagements et des garanties prévues dans les codes nationaux d'investissement suscite de grandes controverses. « C'est là une question redoutable, et fort agitée »²¹ qui risque de se poser lorsqu'un État abroge son code d'investissement et revient sur des garanties qu'il a concédées. La souveraineté normative milite en faveur de la liberté de l'État de modifier ses normes quand et comme il le jugera opportun. En effet, le pouvoir normatif, qu'il se manifeste dans un acte législatif ou réglementaire, est illimité et aucune règle de droit international n'oblige le législateur à maintenir ses normes internes ou à lier ses successeurs²². Cependant, en dépit des arguments invoqués en faveur de la libre révocabilité des engagements législatifs envers

les investisseurs, une tendance doctrinale s'est dessinée pour limiter cette liberté. Deux théories ont été avancées à l'appui d'une

telle limitation : la théorie de l'acte unilatéral international et la théorie de l'estoppel et la bonne foi²³.

B. - Le droit de l'opération

7 - Les règles d'opération ou de réalisation s'appliquent à la constitution de l'investissement, sa gestion, son fonctionnement et sa dissolution. Le droit des opérations est un droit mixte. Il contient des règles relevant du droit public comme les règles relatives au régime fiscal de l'investissement. Mais aussi et surtout, des règles de droit privé comme celles régissant les sociétés, les garanties, les contrats, les relations de travail...

Ces règles composant le droit de l'opération sont fort diverses. Elles peuvent englober toutes les règles de droit des affaires et du droit public économique. Au stade de la constitution de l'investissement, l'investisseur est souvent soumis aux règles relatives à la constitution ou la restructuration d'une société qui sera souvent le véhicule de l'investissement étranger. Au stade de l'exploitation de l'investissement, l'investisseur est soumis aux règles relatives à l'exercice de l'activité économique. Il est tenu par les règles relatives aux sûretés nécessaires pour le financement de l'activité économique et le recouvrement des créances. Il utilise souvent le droit des obligations lorsqu'il conclut des contrats ou lorsqu'il agit sur le terrain délictuel. Il doit aussi respecter le droit du travail local et le droit social. Au stade de la liquidation de l'investissement, si ce sont généralement les règles relatives aux procédures collectives et l'insolvabilité qui seront mobilisées²⁴. On peut aussi ajouter, enfin, les règles relatives à l'arbitrage qui fourniront aux investisseurs un cadre juridique moderne et efficace pour résoudre leurs litiges commerciaux internes et internationaux.

Les règles d'opération comprennent aussi les règles fiscales applicables à l'activité d'investissement. Elles s'étendent aussi aux règles de droit administratif applicables à l'activité économique comme celles relatives aux autorisations administratives, à l'entrée et au séjour des opérateurs économiques et des travailleurs, à la santé publique et à l'environnement.

On voit donc que les règles applicables à l'investissement ne se limitent pas aux règles prévues dans les traités internationaux

18 F. Horchani, *Le Code tunisien d'incitations aux investissements* : JDI 1998, p. 75.

19 V. sur la stabilisation fiscale, K. Sid Ahmed, *L'investisseur face à l'instabilité de la norme fiscale dans le droit des investissements de l'Union pour la Méditerranée*, in *Vers une lex mediterranea des investissements dans les pays de l'Union pour la Méditerranée : Harmonisation du droit matériel et du règlement des différends*, actes du colloque organisé à Besançon le 5 et 6 novembre 2010), ss la dir. de F. Osman : Bruylant, 2016, pp. 51-68.

20 Par exemple, l'article 28^b de l'Ordonnance du 3 janvier 1987 portant code des investissements modifié par la loi L/95/029. CTRN du 30 juin 1995 en Guinée Conakry selon lequel :

« 28-1. Les différends résultant de l'interprétation ou de l'application du présent code, sont réglés par les juridictions guinéennes compétentes conformément aux lois et règlements de la République.

28-2. Toutefois, les différends entre l'État Guinéen et les ressortissants étrangers, relatifs à l'application ou l'interprétation du présent code, sont, sauf accord contraire des parties en cause, définitivement réglés par arbitrage conduit : - conformément aux dispositions de la convention du 18 mars 1985 pour le « Règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États établie sous l'égide de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement, ratifiée par la République de Guinée le 4 novembre 1986 ».

V. pour ces offres législatives d'arbitrage, W. Ben Hamida, *La participation des personnes publiques subsahariennes à l'arbitrage relatif aux investissements* : Cah. arb. 2012, pp. 617-643.

21 Ph. Fouchard, *Les garanties juridiques accordées aux investissements étrangers en Tunisie* : RTD 1977, p. 39.

22 E-I, Nwogugu, *The legal problems of foreign investment in developing countries* : Manchester University Press 1965, p. 61. - M-A. Bekhechi, *Droit international et investissement international : Quelques réflexions sur des développements récents*, in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Mél. M. Virally : Pedone 1991, p. 119.

23 Pour ces limites, V. W. Ben Hamida, *Thèse précitée*, § 226 et s. - Pour la limite de l'acte unilatéral, voir P. Juillard, *L'évolution des sources du droit des investissements* : RCADI 1994, vol. 250, p. 64.

24 V. sur cette distinction dans le contexte du droit spécial de l'OHADA, W. Ben Hamida, *Renforcer l'attractivité économique de l'OHADA dans le domaine des investissements : l'opportunité d'adopter un acte uniforme sur la protection des investissements*, in *L'OHADA au service de l'économie et de l'entreprise. Efficacité et compétitivité (1993-2013) : Hommage aux doctrinaires et pionniers de l'OHADA*, colloque international, université de Yaoundé, sous la dir. de J. Difo-Tchoukam : JUTA 2014, pp. 321-339. - S. Manciaux, *Que disent les textes OHADA en matière d'investissements ?*, Intervention, colloque L'OHADA et le droit des investissements, mercredi 31 mars 2010, université de Dijon.

d'investissement et les codes nationaux d'investissement mais s'étendent à un champ normatif plus vaste qui couvre pratiquement toute la législation étatique applicable à l'activité économique. Pour connaître le régime juridique de l'investissement dans un pays et pour évaluer son attractivité, il ne suffit pas d'examiner sa loi nationale sur l'investissement et ses traités internationaux en la matière. Il faut en fait examiner tout le cadre juridique applicable à l'activité économique. Quelle est donc la place accordée aux codes nationaux d'investissement ?

2. L'impact des codes sur les flux d'investissement

8 - Pour déterminer l'impact des codes nationaux d'investissement, il convient de distinguer l'impact économique (A) de l'impact juridique (B).

A. - L'impact économique

9 - De façon générale, les études économiques soulignent l'absence de lien entre l'adoption d'un code d'investissement et l'attraction de l'investissement étranger. Ainsi, les statistiques de la CNUDCI montrent que les pays qui attirent les plus importants flux d'investissement n'ont pas adopté de code dédié à l'investissement.

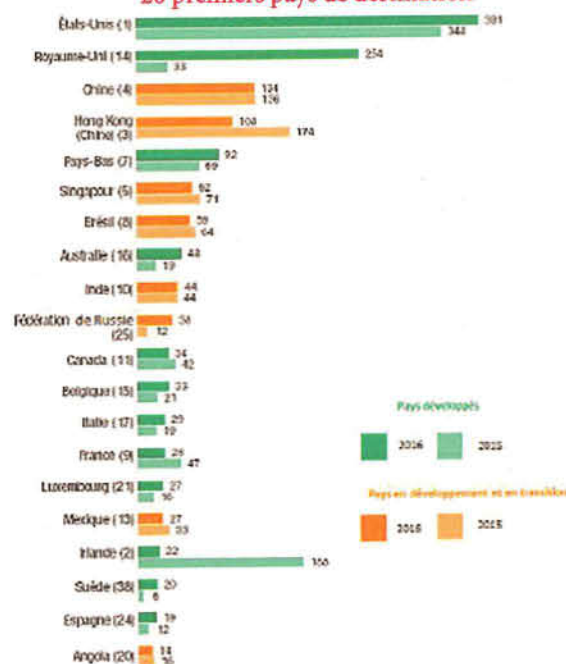
10 - Selon le rapport sur l'investissement dans le monde de 2017²⁵ de la CNUCED, l'investissement étranger direct (IED) mondial a progressé de 5 % pour atteindre 1 800 milliards de dollars en 2017, après avoir enregistré un léger repli (2 %) en 2016, pour s'établir à 1 750 milliards de dollars. Le rapport montre qu'en 2016, les États-Unis sont restés le premier pays d'accueil des IED avec 391 milliards de dollars, suivis par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord qui est passé directement de la quatorzième à la deuxième place avec 254 milliards de dollars sous l'effet d'importantes opérations de fusions-acquisitions transfrontières. La Chine occupe la troisième place avec 134 milliards de dollars - une légère baisse de 1 % par rapport à 2015 (voir fig. 1). Aucun de ces pays n'a adopté un texte spécial baptisé code d'investissement.

Les États-Unis sont restés le premier pays d'origine des IED en 2016, bien que les flux ont très légèrement fléchi (-1 %), pour s'établir à 299 milliards de dollars, suivis par la Chine, les Pays Bas et le Japon (voir fig. 2)²⁶.

On constate ainsi que les flux d'investissement direct étrangers sont essentiellement un inter-mouvement entre pays développés. Aussi bien les États hôtes que les États d'origines de l'IDE

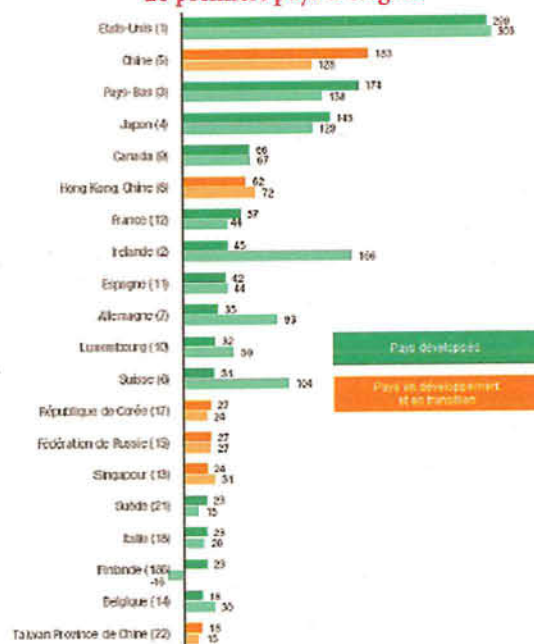
sont principalement des États développés. Aucun de ces pays n'a de code dédié à l'investissement national ou étranger.

Figure 1 - Investissement étranger direct, 20 premiers pays de destination



Source : CNUCED, World Investment Report 2017.

Figure 2 - Investissement étranger direct, 20 premiers pays d'origine



Source : CNUCED, World Investment Report 2017.

25 CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde de 2017 : Investissement et économie numérique, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf.

26 <http://unctad.org/fr/Pages/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=404>.

Les études économiques soulignent l'absence de lien entre l'adoption d'un code d'investissement et l'attraction de l'investissement étranger

Pour l'Afrique, en 2016, les flux d'investissement direct étranger à destination de ce continent ont maintenu leur tendance baissière amorcée en 2013 en s'établissant à 59 milliards de dollars (-3 %), selon le rapport. Ces flux demeurent, toutefois, inégalement répartis, puisque cinq pays (Angola, Égypte, Éthiopie, Ghana et Nigeria) totalisent à eux seuls 57 % des IDE destinés

à l'Afrique. Les IDE en Tunisie ont reculé à 958 millions de dollars en 2016 contre un (1) milliard de dollars en 2015.

On comprend ainsi la portée de ces statistiques. En effet, selon les économistes l'attractivité d'un pays ne se mesure pas seulement par le cadre normatif applicable à l'investissement mais surtout par d'autres facteurs, comme la stabilité politique, la taille du marché et l'existence d'une main d'œuvre qualifiée. Il a été ainsi affirmé que « Les investissements directs étrangers sont généralement attirés par les caractéristiques économiques fondamentales des pays d'accueil : l'existence et la taille du marché, la stabilité politique et économique, la libéralisation des politiques commerciales, l'état des infrastructures et des institutions, etc. »²⁷.

Selon les économistes, les facteurs pris en compte pour investir dans un pays (les déterminants de l'investissement) par ordre d'importance sont : la taille du marché, les faibles taxes, la haute urbanisation, la disponibilité de crédit et d'énergie. Les règles de droit ne jouent qu'un rôle secondaire. En effet, la prévalence de la règle de droit augmente l'IDE²⁸.

La même conclusion a été soutenue pour les traités internationaux d'investissement. Il n'y a aucune corrélation positive entre les flux d'investissement et la conclusion des traités d'investissement. Malgré l'absence de ces traités, de nombreux pays attirent des flux d'investissement. Il a été affirmé, cependant, que le but des traités d'investissement est la sécurité juridique et non pas la promotion des flux d'IDE²⁹.

On doit préciser que l'IDE (investissement direct étranger) est une notion purement économique. Le Manuel de la balance des paiements du FMI définit l'investissement direct étranger comme le placement qui est effectué par l'investisseur en vue d'acquiescer un intérêt durable dans une entité et qui lui confère un pouvoir de décision effectif sur la gestion de celle-ci³⁰. D'après ce manuel, il

existe une relation d'investissement direct lorsqu'un investisseur direct détient 10 % ou plus des actions ordinaires ou des droits de vote dans une entreprise. En conséquence, l'IDE implique une relation à long terme entre l'investisseur et l'entreprise. L'investisseur doit aussi exercer une influence significative sur la gestion de l'entreprise. Comme illustration de cet investissement, on peut citer la création de filiales et succursales dans l'État hôte³¹. On peut donc dire que contrairement à l'investissement financier ou de portefeuille, l'investissement direct est non seulement un investissement durable mais aussi permet à l'investisseur de contrôler le projet. L'investisseur de portefeuille est volatile. Il ne cherche généralement pas à influencer sur la gestion de l'entreprise³².

Investment and the Business Environment in Developing Countries : The Impact of Bilateral Investment Treaties, 2 mai 2005, www.law.yale.edu/outside/html/faculty/sroseack/FDI_BITs_may02.pdf - J. Salacuse et N. Sullivan, *Do BITs really work : An evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain*, 46 *Harvard J Intl Law* (2005), 67-130. - K. P. Gallagher et M. Birch, *Do Investment Agreements Attract Investment ? Evidence from Latin America*, *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 7, n° 6, p. 961-974. - J.-P. Tummam and C. F. Emmert, *The Political Economy of U.S. Foreign Direct Investment in Latin America : A Reappraisal*, *Latin American Research Review* 2004, vol. 39, n° 3, 9-29. - M. Hallward-Dreimeier, *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI ? Only a bit... and it might bite*, *World Bank Policy Research Working Paper Series*, n° 3121, Washington, World Bank. - L. Colen, D. Persyn et A. Guariso, *What Type of FDI Is Attracted By Bilateral Treaties ?*, *LICOS Discussion Paper Series* n° 346/2014.

30 FMI, *Manuel de la balance des paiements*, 1977, p. 155.

31 V. aussi dans le même sens, OCDE, *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux*, 4^e ed. 2008, § 11, « L'investissement direct est un type d'investissement transnational effectué par le résident d'une économie (« l'investisseur direct ») afin d'établir un intérêt durable dans une entreprise (« l'entreprise d'investissement direct ») qui est résidente d'une autre économie que celle de l'investisseur direct. L'investisseur est motivé par la volonté d'établir, avec l'entreprise, une relation stratégique durable afin d'exercer une influence significative sur sa gestion ».

32 Pour ces distinctions, V. CNUCED, *Investissements étrangers de portefeuille et investissements étrangers directs : caractéristiques, similitudes, complémentarités et différences, incidences décisionnelles et impact sur le développement Questions à examiner*, Note du secrétariat, Réunion d'experts sur les flux d'investissements de portefeuille et les investissements étrangers directs Genève, 2830 juin 1999, www.unctad.org/fr/docs/c2m62.fr.pdf

27 S. Toumi, *Facteurs d'attractivité des investissements directs étrangers en Tunisie*, *L'Actualité économique : HEC Montreal*, 852 (2009), p. 211, www.erudit.org/fr/revues/ae/2009-v85-n2-ae3892/044254.pdf

28 Sur ces questions, V. S. Toumi, *préc.*, J.-L. Mucchielli J.-L., *Multinationales et mondialisation : Paris, Le Seuil* 1998. - H. Birnleitner, *Attractiveness of Countries for Foreign Direct Investments from the Macro-Economic Perspective*, *Proceedings of FIKUSZ, Conference Proceedings compilation Obuda University Keleti Faculty of Business and Management 2014*, <https://kgk.uni-obuda.hu/sites/default/files/03-Helmut-Birnleitner.pdf> et Y. Ettoumi, S. Toufik, S. Koubaa et I. El hadad, *Regional attractiveness for Foreign Direct Investments in developing countries : empirical review*, *IOSR Journal of Business and Management (IOSR-JBM)* 2016, pp. 74-78, www.iosrjournals.org/iosr-jbm/papers/Vol18-issue10/Version-7/K1810077478.pdf.

29 Sur l'impact économique des traités d'investissements, V. UNCTAD, *The Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment : An Overview of Empirical Studies 1998-2014*, IIA Issues Note, sept. 2014, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/unctad-web-diae-pcb-2014-Sep%2024.pdf>. - J. Tobin et S. Rose-Ackerman, *Foreign Direct*

B. - L'impact juridique

11 - S'agissant de la politique juridique et les différentes attitudes à l'égard des codes nationaux d'investissement, tous les pays dans le monde n'ont pas adopté de tels codes. Ainsi on ne trouve pas un code d'investissement en France, au Royaume Uni et aux États-Unis. Ces derniers États considèrent qu'une législation spéciale de protection de l'investissement n'est pas nécessaire. Le droit commun et les règles de l'opération sont suffisants pour fournir un cadre juridique régissant l'investissement. Bien plus, il n'y a aucune raison de traiter différemment l'investissement national et l'investissement étranger. Une législation protectrice de l'investissement étranger n'a pas sa place dans leurs systèmes juridiques. Tous les investisseurs sont soumis, en principe, aux mêmes règles et au même régime fiscal.

On remarque aussi que ce sont généralement les pays en voie de développement qui adoptent les codes d'investissement. Les codes d'investissement ont le vent en poupe en Afrique et dans certains anciens pays communistes en Europe comme l'Albanie, l'Ouzbékistan et la Géorgie. Dans certains pays, le code est destiné aussi bien aux investisseurs nationaux qu'étrangers. Mais dans la majorité des cas, le code s'applique aux seuls investissements étrangers, créant

ainsi une discrimination dans le traitement du capital national et du capital étranger.

Cela ne veut pas dire pour autant qu'un code sur les investissements n'a aucun intérêt. Certes, il n'y a pas de lien entre l'adoption d'un code d'investissement et les flux d'investissements. Cependant, l'adoption d'un tel code n'a pas d'effet négatif constaté sur les investissements. Un tel code peut présenter d'autres intérêts. Il peut en effet promouvoir la transparence et avoir une utilité pédagogique pour les investisseurs et les fonctionnaires d'un pays. Cela à condition qu'il s'agisse d'un code bien structuré, de préférence unique, en harmonie avec le droit international et les autres règles de droit national de l'État, révisé dans des délais raisonnables, disponible en langues étrangères et largement diffusés. Il faut aussi que l'adoption d'un tel code soit complétée par une pratique étatique conforme et uniforme. Le code doit être interprété et appliqué de la même manière par le juge et par les différents organes de l'État. En effet, au-delà des aspects purement juridiques, l'attractivité des investissements nécessite une transparence institutionnelle, une confiance établie entre l'État et l'investisseur, une application uniforme du droit et une culture de respect du droit par les différentes administrations. ■

La Facilité Africaine de Soutien Juridique



Qui nous sommes

La Facilité africaine de soutien juridique (« ALSF » ou « Facilité ») est une institution publique internationale hébergée par la Banque africaine de développement (« BAD »). Le mandat de la Facilité est d'apporter conseils juridiques et assistance technique aux États africains afin de renforcer leurs capacités en matière de négociation de transactions commerciales complexes et de règlement des litiges avec leurs créanciers. L'ALSF développe et propose également une large gamme de produits et d'outils originaux en matière de renforcement des capacités et de gestion des connaissances. L'adhésion à l'ALSF est ouverte à tous les États souverains et organisations ou institutions internationales.

Ce que nous faisons

Services de conseil

La Facilité appuie les gouvernements africains par le biais de services de conseil afin de renforcer leurs compétences juridiques et leurs capacités de négociation de transactions commerciales et d'accords d'investissement. La Facilité cherche ainsi à renforcer les capacités juridiques des gouvernements africains pour les aider à protéger et à faire prévaloir leurs droits souverains en favorisant la négociation et la conclusion d'accords équitables et durables, économiquement profitables pour leur développement.

Renforcement des capacités

La Facilité assure le renforcement des capacités des avocats nationaux dans les pays africains. Consciente que rares sont les avocats africains à posséder l'expérience et la visibilité nécessaires pour remplir des missions de conseil portant sur des transactions commerciales complexes et des litiges avec les fonds voutours, la Facilité s'attache à combler ces lacunes en cherchant à développer les capacités juridiques sur le continent. À cet égard, l'une des priorités de l'ALSF consiste à demander aux cabinets d'avocats internationaux fournissant des services juridiques aux pays membres de transférer leurs compétences à leurs homologues nationaux.

Règlement des litiges

L'ALSF apporte une assistance technique aux gouvernements africains dans les contentieux les opposant aux fonds voutours. La menace de poursuites par ces derniers est en effet considérée comme un risque majeur pour l'allègement de la dette des PMR, en particulier des Pays pauvres très endettés (PPTÉ). Selon le FMI, les dommages-intérêts réclamés par les fonds voutours se chiffrent à 12 à 13 % du produit intérieur brut (PIB) des pays concernés, et on estime à quarante-six (46) le nombre total de procès intentés contre onze (11) PPTÉ. Pour les besoins de son mandat, la Facilité identifie les poursuites engagées contre ses membres et met à la disposition des gouvernements une assistance juridique pour mettre fin aux litiges avec les fonds voutours.

Gestion des connaissances

La Facilité apporte une assistance en lien avec le développement, la collecte et la gestion de produits de la connaissance, parmi lesquels figurent des manuels et publications juridiques, des documents types ou standards et autres outils de facilitation des transactions, des bases de données regroupant jurisprudence, législations et contrats, des programmes et des plateformes de formation. La Facilité travaille notamment à la création d'une base de données exhaustive de la jurisprudence pertinente portant sur les litiges avec les créanciers commerciaux dans le triple but de faciliter l'accès des juristes à l'information sur ce thème, d'améliorer la sensibilisation et de faire progresser le débat public sur cette problématique.

La proximité et la qualité de la relation avec l'avocat

À l'occasion de la Conférence annuelle de l'ABLFA (Association des Cabinets d'Avocats d'Affaires Africains - *African Business Law Firm*) dédiée à la « *Sécurité juridique des investissements en Afrique* », l'AFJE, partenaire de l'évènement, interviendra lors d'une table ronde dédiée à la collaboration entre directeurs juridiques et cabinets d'avocats d'Afrique. Rencontre avec sa Présidente, Stéphanie Fougou.

1 - Pourquoi avoir choisi de vous associer à cet évènement ?

Stéphanie Fougou : La participation de l'AFJE à cet évènement s'inscrit dans la ligne de ses engagements stratégiques et dans ses actions de partenariat auprès des juristes d'entreprise francophones notamment en Afrique.

Ce continent est en pleine mutation avec une économie en croissance, des défis à relever et des projets novateurs impliquant une montée en puissance de la fonction juridique, notamment dans les entreprises.

Depuis plusieurs années, les demandes provenant de juristes d'entreprise, de professeurs et de magistrats ne cessent de parvenir à l'AFJE, sollicitée pour apporter sa contribution à l'émergence et au développement du métier de juriste d'entreprise dont le besoin est fortement reconnu par les acteurs locaux.

C'est pourquoi nous sommes à l'initiative de la création du Réseau de Juriste d'Entreprise Francophone qui est notamment très actif en Afrique et que nous avons soutenu la création d'associations de juristes d'entreprise en Côte d'Ivoire, au Maroc ou encore au Congo-Brazzaville.

L'échange, le partage de bonnes pratiques et de savoir-faire sont au cœur de notre démarche avec nos homologues africains.

2 - L'Afrique est un continent porteur de beaux challenges pour les investisseurs mais aussi de zones à risques. Quelles précautions doivent prendre les juristes d'entreprise souhaitant investir en Afrique ?

Stéphanie Fougou : Évidemment comme dans tout projet, en Afrique ou ailleurs, il est indispensable de vérifier et sécuriser la solvabilité de l'acheteur et des sous-traitants. Plus précisément, il convient d'adapter notre pratique à des facteurs et paramètres spécifiques. La présence et l'accompagnement par les implantations locales est un atout majeur pour anticiper et sécuriser les risques projets tel que le stockage, les transports locaux ou encore les droits de douanes...

Les risques climatiques doivent aussi être pris en compte (vents de sable, saison des pluies...) et leurs impacts prévus et évalués dans les dispositions contractuelles.

Cela peut paraître anecdotique, le facteur temps doit également être anticipé. Dans un monde d'entreprises globalisées, et dans une fonction juridique particulièrement exposée à l'international, il est essentiel de s'ouvrir et de savoir travailler avec des professionnels de tous horizons. Il faut appréhender les subtilités des cultures juridiques et business tout en vous y adaptant. Par exemple, com-

prendre que le temps en Afrique et le temps en Europe sont différents tant sur le plan des affaires que de la Justice est important.

Enfin, la vigilance sur les aspects éthiques et compliance est toujours plus indispensable et les juristes spécialisés et locaux doivent s'enrichir de la culture terrain et partager les mêmes formations à la compliance.

3 - Quels éléments juridiques sécurisent voire attirent les investisseurs français souhaitant investir en Afrique ?

Stéphanie Fougou : Nous pouvons rappeler que le droit de l'OHADA est récent, sécurisé et opérant, s'adaptant à la pratique et réalité du business. Par exemple, le droit prend en compte les nouvelles technologies et prévoit la possibilité de tenir des conseils d'administration ou assemblées par visioconférence ou par d'autres moyens de télécommunication. Ce nouveau droit des sociétés est plus moderne et attractif, et contribue au dynamisme des économies des États africains membres de l'OHADA.

Par ailleurs, le système judiciaire s'organise, en particulier pour les pays OHADA mais pas seulement.

L'arbitrage est un mode de règlement des différends très utilisé, efficace qui fonctionne très bien et peut rassurer les investisseurs.

« L'implantation locale est un atout réel pour le bon développement et déploiement des projets »



4 - Quelles problématiques doivent encourager les investisseurs à faire appel à des cabinets d'avocats africains plutôt que leurs conseils habituels ?

Stéphanie Fougou : L'implantation locale est un atout réel pour le bon développement et déploiement des projets. Les spécificités et subtilités de chaque pays doivent être prises

Stéphanie Fougou,
Présidente de l'AFJE

en compte par les directions juridiques et l'accompagnement d'un cabinet d'avocat africain peut être un plus avec une vraie connaissance du terrain, de l'environnement juridique et judiciaire.

5 - Cette conférence est dédiée à la « Sécurité juridique des investissements en Afrique ». Selon vous, qu'attendent les juristes d'entreprises investisseurs de leurs conseils africains ?

Stéphanie Fougou : De nombreux facteurs peuvent entrer en compte lorsqu'il s'agit de choisir le bon conseil pour vous accompagner : taille du cabinet, spécialités requises, implantation dans les régions visées. Mais avant toute chose, c'est bien sûr la relation *intuitu personae* avec l'avocat qui prime. En tant que directeur juridique, vous attendrez de pouvoir travailler en confiance et en bonne intelligence avec un conseil qui sera votre représentant sur place. Plus qu'ailleurs, la proximité et la qualité de la relation avec l'avocat est un critère primordial.

ARBITRAGE

Le 45^e Conseil des ministres de l'OHADA qui a eu lieu à Conakry en Guinée les 23 et 24 novembre 2017 a rénové le droit de l'arbitrage dans les pays concernés pour garantir plus d'efficacité, de célérité et de transparence dans les procédures d'arbitrage mais aussi une plus grande responsabilisation des acteurs de la procédure, tout en assurant la cohérence entre l'Acte Uniforme et le Règlement d'arbitrage CCJA. Cette réforme répond ainsi aux nombreuses critiques concernant les lacunes et imprécisions dans l'ancienne rédaction des deux textes datant de 1999.

La réforme du droit de l'arbitrage OHADA



Étude par Louis Degos
et Misamu Coco Kayudi



E

Louis Degos est Managing Partner, K&L Gates LLP, Membre du Conseil National des Barreaux, Ancien Membre du Conseil de l'Ordre, Directeur de la Revue Pratique de Prospective et d'Innovation Misamu Coco Kayudi est Bâtonnier du barreau de Kinshasa - Matete, Secrétaire Général et Formateur Cifaf, Membre du Conseil d'administration de la Conférence Internationale des barreaux de tradition juridique commune (CIB), Membre de l'Union Internationale des Avocats (UIA)

1 - Une réforme visant à assurer la célérité et l'efficacité de l'arbitrage

A. - Une célérité exigée de la part des parties et du Tribunal

1 - En effet, l'un des principaux atouts de l'arbitrage par rapport à la justice étatique est la célérité de celui-ci. Ainsi, le Règlement d'arbitrage de la CCJA indique désormais que les parties doivent agir avec « *célérité dans la conduite de la procédure* »¹ et y compris lors de la liquidation des frais d'arbitrage², mais aussi une fois que la sentence a été rendue et cela transparait dans la disposition du Règlement selon laquelle les parties peuvent désormais convenir de renoncer au recours en annulation de la sentence à condition que celle-ci ne soit pas contraire à l'ordre

1 Règl. arb. CCJA, art. 16.2.

2 Règl. arb. CCJA, art. 24.2.

public international³, ce qui permet ainsi de faire barrage à une éventuelle reprise des débats et met donc définitivement fin au litige. On retrouve également cette obligation de célérité imposée aux parties dans l'Acte Uniforme⁴, lequel exige, en plus, que le Tribunal arbitral fasse aussi preuve d'efficacité et vient donc décrire avec précision les cas où le Tribunal doit poursuivre la procédure et les cas où il doit y mettre fin : si le demandeur ne présente pas sa demande, le Tribunal met fin à la procédure ; en revanche, si le défendeur ne présente pas sa défense, le Tribunal arbitral poursuit la procédure sans toutefois considérer ce défaut en soi comme une acceptation des allégations du demandeur ; et si l'une des parties omet de comparaître à l'audience ou de produire des documents, le Tribunal peut poursuivre la procédure et statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose⁵.

B. - Des délais rigoureux

2 - S'inscrivant toujours dans cette idée de célérité, le Règlement CCJA a raccourci la plupart des délais pour les différentes étapes de la procédure arbitrale ou post arbitrale. C'est le cas notamment du délai imposé aux défendeurs pour adresser leurs réponses⁶, de celui pour mettre en place une réunion de cadrage⁷, de celui imposé au Secrétaire Général pour qu'il puisse saisir la Cour en vue de la voir décider que l'arbitrage ne peut avoir lieu (si certaines conditions sont remplies)⁸, de celui pour adresser une demande en interprétation, rectification et complément de la sentence⁹, ou encore de celui pour adresser le projet de sentence rectificatif ou additionnel pour l'examen préalable¹⁰. Le texte prévoit aussi de nouveaux délais qui n'apparaissent tout simplement pas dans la version de 1999, notamment en ce qui concerne le recours en annulation au sujet duquel la Cour doit rendre sa décision dans un délai de 6 mois suivant sa saisine¹¹. Les parties s'engagent désormais à exécuter la sentence « sans délai »¹², la sentence est susceptible d'exéquatur « dès son prononcé »¹³ et l'exéquatur doit être accordé « dans les 15 jours du dépôt de la requête »¹⁴. On remarque que la nouvelle version de l'Acte Uniforme est également venue combler les lacunes de la version de 1999 qui n'imposait aucun délai pour rendre la

décision de nomination¹⁵ ou la récusation de l'arbitre¹⁶, pour soulever une cause de récusation¹⁷, pour que la juridiction étatique se déclare incompétente¹⁸, et pour statuer sur le recours en annulation¹⁹ ou l'exéquatur²⁰.

C. - Une procédure de nomination et récusation des arbitres détaillée

3 - On retrouve aussi cette idée de célérité et d'efficacité dans les dispositions, désormais beaucoup plus détaillées, portant sur la constitution du Tribunal arbitral. Le Tribunal arbitral est constitué soit d'un seul arbitre, soit de trois arbitres. Mais depuis la révision de l'Acte Uniforme, à défaut d'accord entre les parties, le Tribunal est constitué d'un arbitre unique²¹. La décision de nomination d'un arbitre doit intervenir dans un délai de 15 jours à compter de la saisine de la juridiction compétente et n'est susceptible d'aucun recours²². Quant au Règlement CCJA de 1999, il n'apportait aucune précision quant à la procédure de nomination de l'arbitre. La version de 2017 vient combler ce vide et décrit une procédure consistant d'abord en la communication aux parties d'une liste comportant au moins 3 noms, puis, dans un délai fixé par le Secrétaire Général, les parties renvoient la liste avec un ordre de préférence, et enfin la Cour fait son choix conformément à cet ordre²³. Ce système d'ordre de préférence est flexible et permet donc à la procédure d'avancer plus rapidement par opposition à une procédure qui exigerait l'unanimité. Concernant la récusation de l'arbitre, si un désaccord entre les parties apparaît, l'Acte Uniforme impose désormais à la juridiction compétente de statuer sous 30 jours²⁴ (passé ce délai, la demande de récusation est portée devant la CCJA²⁵) et sa décision n'est susceptible que d'un pourvoi devant la CCJA²⁶.

D. - Une procédure plus englobante

4 - Ces nouveaux textes ont un champ d'application plus large et prévoit des voies de communication plus diverses. Concernant les **moyens de communication**, c'est le Règlement CCJA qui est le plus innovant : la demande d'arbitrage doit désormais contenir l'adresse électronique des parties²⁷, une copie électronique de tous les échanges relatifs à la procédure doit être adressée au

3 Règl. arb. CCJA, art. 29.2.

4 AUA révisé, art. 14.4.

5 AUA révisé, art. 14.5.

6 Règl. arb. CCJA, art. 6 : on passe de 45 jours à compter de la notification de la demande d'arbitrage au Secrétaire Général à 30 jours à compter de la notification de la demande d'arbitrage au Secrétaire Général.

7 Règl. arb. CCJA, art. 15.1 : on passe de 60 jours à partir de la réception du dossier à 45 jours à compter de la saisine du TA.

8 Règl. arb. CCJA, art. 9 : on passe de 45 à 30 jours.

9 Règl. arb. CCJA, art. 26 : on passe de 45 jours de la notification de la sentence à 30 jours.

10 Règl. arb. CCJA, art. 26 : on passe de 60 jours de la saisine de l'arbitre à 45 jours.

11 Règl. arb. CCJA, art. 29.4.

12 Règl. arb. CCJA, art. 27.1.

13 Règl. arb. CCJA, art. 30.1.

14 Règl. arb. CCJA, art. 30.2.

15 AUA révisé, art. 6.5.

16 AUA révisé, art. 8.1.

17 AUA révisé, art. 8.3.

18 AUA révisé, art. 13.2.

19 AUA révisé, art. 27.2.

20 AUA révisé, art. 31.5 et 31.6.

21 AUA révisé, art. 5.2.

22 AUA révisé, art. 6.5.

23 Règl. arb. CCJA, art. 3.3.

24 AUA révisé, art. 8.1.

25 AUA révisé, art. 8.1.

26 AUA révisé, art. 8.2.

27 Règl. arb. CCJA, art. 5.

Secrétaire Général²⁸, et le Tribunal arbitral peut, avec l'accord des parties, tenir la réunion de cadrage sous forme de conférence téléphonique ou de vidéo conférence²⁹. Pour ce qui est du **champ d'application**, l'Acte Uniforme et le Règlement CCJA s'appliquent désormais aux arbitrages d'investissements puisqu'ils précisent que l'arbitrage peut être fondé sur une convention d'arbitrage mais aussi sur un instrument relatif aux investissements³⁰. L'Acte Uniforme ajoute que toute personne morale de droit public peut être partie à un arbitrage et ce « *quelle que soit la nature juridique du contrat* »³¹ et souligne à l'article suivant que peuvent être soumis à l'arbitrage les différends pouvant naître ou résulter « *d'un rapport d'ordre contractuel* »³² alors que la version précédente ne parlait que de « *contrat* ». Il semblerait que la notion de « *rapport d'ordre contractuel* » soit beaucoup plus large. On peut l'interpréter comme pouvant inclure plusieurs contrats. De même, apparaît dorénavant dans le Règlement CCJA, un nouvel article (intitulé « *Pluralité de Contrats* ») qui indique que des demandes découlant de plusieurs contrats ou en relation avec ceux-ci peuvent être formées dans le cadre d'un arbitrage unique et précise que si ces demandes sont formées en application de plusieurs conventions d'arbitrage, le Tribunal devra constater que toutes les parties sont convenues de faire trancher les demandes dans le cadre d'une procédure unique³³. Le Règlement semble aussi élargir son champ d'application s'agissant des parties à la procédure : de nouveaux articles intitulés « *Intervention forcée* »³⁴, « *Intervention volontaire* »³⁵, « *Pluralité des Parties* »³⁶ apparaissent. Ces dispositions sont très similaires à celles qu'on retrouve en droit étatique mais le fait que cela soit explicitement posé dans le Règlement permet d'éviter bien des doutes et des questionnements et contribue à la rapidité de la procédure. Certes, la procédure arbitrale est plus efficace car plus rapide, plus détaillée et mieux encadrée, comme démontré ci-dessus, mais elle l'est aussi parce que les différents acteurs de la procédure disposent de pouvoirs accrus.

2 - Le renforcement des pouvoirs des différents acteurs de la procédure arbitrale

A. - De nouveaux outils à la disposition du Tribunal arbitral et de la Cour

5 - L'Acte Uniforme prévoit que le Tribunal arbitral est seul compétent pour **statuer sur sa propre compétence** (y compris

sur toutes questions relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage)³⁷, et poursuit en précisant que le Tribunal peut statuer sur sa propre compétence dans la sentence au fond ou dans une sentence partielle sujette au recours en annulation³⁸. Le Règlement CCJA va dans ce sens et indique également que le Tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur sa propre compétence mais aussi sur la recevabilité de la demande d'arbitrage³⁹ et qu'à tout moment de l'instance, il peut examiner d'office sa propre compétence pour des motifs d'ordre public sur lesquels les parties sont alors invitées à présenter leurs observations⁴⁰. Il peut statuer sur l'exception d'incompétence soit par une sentence préalable, soit dans une sentence définitive ou partielle après débats au fond, sujettes au recours en annulation⁴¹. Par ailleurs, l'Acte Uniforme dit expressément que si le Tribunal arbitral n'est pas encore saisi ou si aucune demande d'arbitrage n'a été formulée, la juridiction étatique doit se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou manifestement inapplicable à l'espèce⁴². On retrouve donc clairement l'effet positif et l'effet négatif du principe de compétence-compétence. En effet, dans son effet positif, le principe permet aux arbitres dont la compétence est mise en doute de se prononcer sur le fondement de leur investiture sans se voir opposer la contradiction consistant, pour un organe dont la compétence n'est pas encore établie, à entreprendre un raisonnement quelconque, fût-il sur le sujet même de cette compétence. Dans son effet négatif, le principe de compétence-compétence interdit aux juridictions étatiques saisies par une partie du fond du litige en dépit de l'existence, au moins *prima facie*, d'une convention d'arbitrage, de statuer sur les contestations relatives à l'existence ou la validité de celle-ci avant que les arbitres eux-mêmes n'aient eu l'occasion de se prononcer sur ces questions⁴³.

De plus, **les experts** ont désormais un véritable rôle dans la procédure et constituent un outil utile. Le Règlement prévoit que le Président de la Cour peut faire appel à des experts pour avis consultatif⁴⁴. De même, la Cour peut solliciter l'avis des experts pour nommer les arbitres⁴⁵. Et sauf convention contraire des parties, le Tribunal arbitral peut nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire un rapport sur les points précis qu'il déterminera et inviter ces derniers à témoigner à l'audience. Le cas échéant, le tribunal arbitral peut demander à une partie de fournir à l'expert tous renseignements appropriés ou de lui soumettre ou rendre accessibles, aux fins d'examen, toutes pièces ou autres éléments pertinents⁴⁶. L'Acte Uniforme reprend également

28 Règl. arb. CCJA, art. 12.1 et 12.2.

29 Règl. arb. CCJA, art. 15.1.

30 AUA révisé, art. 3 et Règl. arb. CCJA, art. 2.1 et 5.

31 AUA révisé, art. 2.2.

32 AUA révisé, art. 3-1.

33 Règl. arb. CCJA, art. 8-4.

34 Règl. arb. CCJA, art. 8-1.

35 Règl. arb. CCJA, art. 8-2.

36 Règl. arb. CCJA, art. 8-3.

37 AUA révisé, art. 11.1.

38 AUA révisé, art. 11.3.

39 Règl. arb. CCJA, art. 10.4.

40 Règl. arb. CCJA, art. 21.2.

41 Règl. arb. CCJA, art. 21.3.

42 AUA révisé, art. 13.2.

43 Emmanuel Gaillard, *L'effet négatif de la compétence-compétence*, in *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, p. 387 : *Faculté de droit de l'université de Lausanne*, 1999.

44 Règl. arb. CCJA, art. 1.1.

45 Règl. arb. CCJA, art. 3.3.

46 Règl. arb. CCJA, art. 19.4.

La procédure arbitrale est plus efficace car plus rapide, plus détaillée et mieux encadrée

la possibilité de demander à un expert un rapport sur un point précis⁴⁷.

Par ailleurs, le Règlement CCJA a beaucoup développé le régime probatoire qui constitue aussi

un outil précieux pour le Tribunal et permet une procédure plus efficace. En effet, l'ancien Règlement, dans sa partie sur l'instruction de la cause, se contentait de décrire le déroulement des audiences sans aborder le sujet des preuves. Désormais, il est précisé que « *le Tribunal arbitral instruit la cause dans les plus brefs délais par tous les moyens appropriés. Après examen des écrits des parties et des pièces versées par elles aux débats, le Tribunal arbitral entend contradictoirement les parties si l'une d'elles en fait la demande. A défaut, il peut décider d'office leur audition. Le tribunal arbitral peut inviter les parties à lui fournir des explications de fait et à lui présenter, par tout moyen légalement admissible, les preuves qu'il estime nécessaires au règlement du différend. Il décide de la recevabilité des preuves et apprécie librement les preuves* »⁴⁸.

Enfin, le Règlement aborde la notion d'**exécution provisoire** (qui n'apparaissait pas précédemment) en autorisant le Tribunal à accorder ou refuser un demande d'exécution provisoire⁴⁹ et l'Acte Uniforme met en place de **nouveaux recours** notamment contre la décision sur la nomination⁵⁰ et la récusation⁵¹ d'un arbitre ou contre la décision de la juridiction étatique statuant sur sa compétence⁵² ou encore le recours en révision⁵³. Ces nouveaux outils profitent au Tribunal et à la Cour et permettent de consolider leurs pouvoirs mais sont cependant contrebalancés par la contractualisation de la procédure qui renforce le rôle des parties dans la procédure.

B. - La contractualisation de la procédure, au bénéfice des parties

6 - Les parties semblent dorénavant disposer de pouvoirs accrus. Cela transparait dans le Règlement CCJA qui comporte de nouvelles dispositions concernant la **réunion de cadrage**, à l'issue de laquelle, après avoir recueilli les éventuelles observations des parties, un procès-verbal est établi et signé par le Tribunal⁵⁴. Cet acte contractualise l'arbitrage, conformément à la volonté des parties, qui doivent d'ailleurs s'en tenir aux limites de ce procès-verbal quand il s'agit d'invoquer de nouvelles demandes⁵⁵. Les nouveaux alinéas 4 et 5 de l'article 24 du Règlement s'inscrivent également dans cette idée de contractualisation de la procédure. Il est expressément dit que les parties peuvent **convenir du par-**

tage des frais de l'arbitrage ou de toutes autres questions pertinentes relatives aux frais, même si cette faculté est limitée par le fait que c'est la Cour qui fixe les honoraires de l'arbitre (toute

fixation d'honoraires sans l'aval de la Cour est nulle et sans effet mais ne constitue toutefois pas une cause d'annulation de la sentence). De plus, ce sera seulement à défaut d'accord des parties sur le partage des frais de l'arbitrage que la Cour interviendra pour trancher ces contestations⁵⁶. Par ailleurs, une des grandes nouveautés de l'Acte Uniforme est la possibilité, si les parties se mettent d'accord au cours de la procédure arbitrale, de demander au Tribunal que cet accord soit constaté en la forme **d'une sentence rendue d'accord parties**. Cette sentence a le même statut et produit les mêmes effets que toute autre sentence mettant fin au différend⁵⁷.

Enfin, les deux nouveaux textes visent à garantir la transparence et la responsabilisation des acteurs qui représentent un gage de crédibilité de l'arbitrage et de sécurité pour les parties et s'inscrivent dans une pratique moderne de l'arbitrage international.

3 - Une plus grande transparence et responsabilisation des acteurs de l'arbitrage

A. - Les devoirs des arbitres et de la Cour

7 - Comme dit précédemment, l'arbitre doit poursuivre sa mission jusqu'à son terme avec diligence et célérité. Il doit également être et demeurer indépendant. Mais on remarque une nouveauté dans les deux textes qui rajoutent à cette liste des qualités exigées des arbitres, l'obligation pour ces derniers d'être **impartiaux** « *vis-à-vis des parties* »⁵⁸. De plus, avant sa nomination ou sa confirmation par la Cour, l'arbitre pressenti révèle par écrit au Secrétaire Général « *toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance* »⁵⁹ et l'Acte Uniforme précise même qu'il peut le faire « *durant toute la procédure arbitrale* »⁶⁰. Par conséquent, l'arbitre peut désormais être révoqué en raison d'un doute légitime **aux yeux des parties** : on est donc passé d'une cause objective de révocation à une cause subjective, ce qui responsabilise l'arbitre vis-à-vis des parties.

Allant dans ce sens également, c'est la possibilité pour la Cour de **communiquer** les motifs de sa décision administrative. En effet, la version du Règlement datant de 1999 interdisait expressément la communication de ces motifs. Désormais, les motifs de ces décisions peuvent être communiqués à toutes

47 AUA révisé, art. 14.12.

48 Règl. arb. CCJA, art. 19.1.

49 Règl. arb. CCJA, art. 27.3.

50 AUA révisé, art. 6.5.

51 AUA révisé, art. 8.2.

52 AUA révisé, art. 13.2.

53 AUA révisé, art. 25.6.

54 Règl. arb. CCJA, art. 15.2.

55 Règl. arb. CCJA, art. 18.

56 Règl. arb. CCJA, art. 24.4 et 24.5.

57 AUA révisé, art. 19.3.

58 AUA révisé, art. 7 et Règl. arb. CCJA, art. 4.1.

59 AUA révisé, art. 7 et Règl. arb. CCJA, art. 4.1.

60 AUA révisé, art. 7.4.

les parties « *sous réserve que l'une des parties impliquées dans la procédure d'arbitrage en fasse la demande avant que la décision soit prise* »⁶¹. Le texte rappelle avec force l'**obligation de motiver** les décisions. Concernant les sentences arbitrales, contrairement à la version de 1999 qui indiquait que les sentences devaient être motivées « *sauf accord contraire et sous réserve qu'un tel accord soit admissible au regard de la loi applicable* », celle de 2017 ne pose plus d'exception ou de condition à l'obligation consistant à motiver les sentences⁶² et la Cour peut maintenant « *attirer l'attention du Tribunal ... en cas de défaut de motivation* »⁶³. En outre, si une exécution provisoire a été sollicitée, le Tribunal est désormais autorisé à l'accorder ou la refuser mais à la condition que sa décision soit motivée⁶⁴. Enfin, l'absence de motivation de la sentence arbitrale est désormais explicitement considérée comme un fondement pour demander un recours en annulation⁶⁵. De surcroît, l'ancienne version mettait l'accent sur le principe de confidentialité qui est évidemment rappelé dans la nouvelle version mais celle-ci rajoute que le Secrétaire Général est « *autorisé à publier des extraits de sentences arbitrales mais sans mentionner les éléments permettant d'identifier les parties* »⁶⁶.

La Cour n'échappe pas à cette obligation de transparence : en effet, les membres de la CCJA doivent être déportés de la formation de la Cour dans l'affaire en cause s'ils ont la **nationalité d'un État directement impliqué**⁶⁷.

B. - Les devoirs des parties

8 - Les parties sont également responsabilisées et soumises à cette obligation de transparence. Les deux textes ajoutent que les parties agissent avec **célérité et loyauté** dans la conduite de la procédure et **s'abstiennent de toutes mesures dilatoires**⁶⁸ et la partie qui, en connaissance de cause,

s'abstient d'invoquer sans délai une **irrégularité** et poursuit l'arbitrage, est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir⁶⁹. Par ailleurs, le Règlement précise désormais que, lors de la liquidation des frais, le Tribunal arbitral tient compte des circonstances pertinentes, y compris dans quelle mesure chacune des parties a conduit l'arbitrage avec **célérité et efficacité en termes de coûts**⁷⁰.

Une des grandes nouveautés abordées par les deux textes est la possibilité d'un règlement à l'amiable en parallèle de la procédure d'arbitrage. Cette possibilité peut s'exercer préalablement, avant le début de la procédure d'arbitrage, grâce à « *l'étape préalable* »⁷¹ ou pendant la procédure d'arbitrage, avant que l'arbitre ait prononcé une sentence et donnant lieu à une « *ordonnance de clôture* »⁷².

Concernant la question de l'étape préalable, on distingue deux hypothèses : celle où l'étape préalable a déjà été engagée et celle où elle n'a pas été engagée. Dans le premier cas, le Tribunal constate, le cas échéant, son échec ; et dans le deuxième cas, le tribunal arbitral suspend la procédure pendant un délai qu'il estime convenable, afin de permettre à la partie la plus diligente de mettre en œuvre cette étape. Quant à l'ordonnance de clôture, elle permet de mettre fin à la procédure arbitrale mais sans le prononcé d'une sentence définitive. Le tribunal arbitral prend une ordonnance de clôture lorsque le demandeur retire sa demande, à moins que le défendeur ne s'y oppose et que le tribunal arbitral reconnaisse qu'il a légitimement intérêt à ce que le différend soit définitivement réglé ou lorsque le tribunal arbitral constate que la poursuite de la procédure est, pour toute autre raison, devenue superflue ou impossible. L'Acte Uniforme rajoute à cette liste des cas où une ordonnance est rendue : celui où tout simplement les parties conviennent de clore la procédure, ou celui où le délai d'arbitrage initial ou prorogé a expiré ou encore lorsqu'il y a acquiescement à la demande, désistement ou transaction. ■

61 Règl. arb. CCJA, art. 1.1.

62 Règl. arb. CCJA, art. 22.1.

63 Règl. arb. CCJA, art. 23.2.

64 Règl. arb. CCJA, art. 27.3.

65 Règl. arb. CCJA, art. 29.2.

66 Règl. arb. CCJA, art. 14.

67 Règl. arb. CCJA, art. 1.1.

68 AUA révisé, art. 14 et Règl. arb. CCJA, art. 16.

69 Règl. arb. CCJA, art. 16 et AUA révisé, art. 14.

70 Règl. arb. CCJA, art. 24.2.

71 AUA révisé, art. 8-1 et Règl. arb. CCJA, art. 21-1.

72 AUA révisé, art. 16 et Règl. arb. CCJA, art. 19-1.1.

Construire un monde plus juste et plus durable pour tous – un monde en commun – suppose la réussite, ici et là-bas, de cinq grandes transitions : énergétique, numérique, territoriale, démographique et citoyenne. Réussir ces transitions est essentiel pour réaliser les Objectifs de développement durable (ODD). Y parvenir implique de respecter la singularité de chaque pays, la diversité des choix de développement mais aussi d'accroître les échanges et les partenariats.

Banque de développement publique et solidaire, l'AFD a pour mission d'accompagner les partenaires de la France sur la voie de ce monde en commun. Elle intervient dans de nombreux secteurs (énergie, santé, biodiversité, eau, urbanisme, formation) et propose une large palette de services financiers et non-financiers.

Ses priorités ? Lutter contre les changements climatiques et la pauvreté, aider à stabiliser les pays fragiles ou en sortie de crise.

Acteur central de la politique de développement française, l'AFD soutient les États, les entreprises, les collectivités locales et les ONG. Elle crée avec eux des synergies pour catalyser, fertiliser et diffuser Des solutions innovantes au service des populations.

Présente dans 108 pays via un réseau de 85 agences, l'AFD finance, suit et accompagne aujourd'hui plus de 2 500 projets de développement. Grâce à son réseau de chercheurs et d'experts, elle participe aussi au dialogue sur les politiques publiques, partage son savoir-faire et sensibilise aux enjeux du développement et de la solidarité internationale.

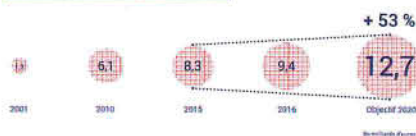
AGENCE FRANÇAISE DE DÉVELOPPEMENT
5, rue Roland Barthes
75012 Paris – France

<http://www.afd.fr>
[facebook.com/AFDOfficiel](https://www.facebook.com/AFDOfficiel)
twitter.com/AFD_France
#MondeEnCommun

L'AFD S'ENGAGE

L'AFD s'engage chaque année sur des projets qui améliorent concrètement le quotidien des populations. Son action s'inscrit pleinement dans les 17 Objectifs de développement durable (ODD) adoptés par l'ONU.

Evolution des engagements financiers



Nos valeurs

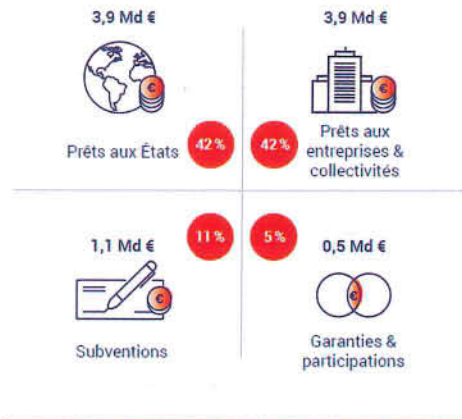


Proparco
Ouvrir, accompagner, développer
Proparco est une filiale dédiée au financement du secteur privé. Parce que les entreprises et les institutions financières sont des acteurs incontournables du développement dans les pays du Sud.

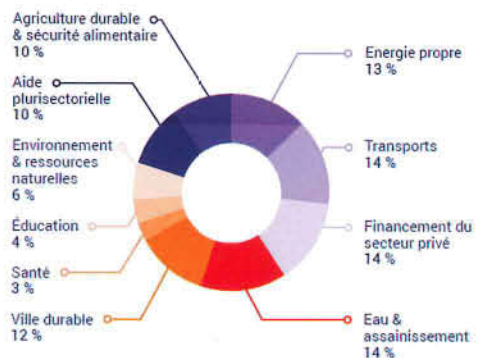
Les 4 chiffres-clés

Plus de **800** financements par an prêts, dons, garanties.
85 agences
108 pays d'intervention
2400 collaborateurs sur 5 continents

Les outils



Les domaines d'action



DES REPÈRES POUR GUIDER NOS ACTIONS



DES IMPACTS POUR LES POPULATIONS

L'AFD, c'est chaque année*



L'AFD suit et évalue les effets des projets qu'elle soutient

* Moyenne sur 5 ans (2012-2016)

SÉCURITÉ JURIDIQUE DES INVESTISSEMENTS EN AFRIQUE

Paris, 3 & 4 mai 2018

PROGRAMME

INFORMATIONS ET INSCRIPTIONS

ablfaparis2018.evenium-site.com

Inscription obligatoire
avant le 23/04/2018



03 MAI 2018

MAISON DU BARREAU
2 Rue de Harlay, 75001 Paris

08H00	Accueil et Inscription des participants
08H45	Ouverture des travaux Me Michel BRIZOUA-BI, Président de l'ABLFA Stephen KARANGIZI, Directeur Général de l'ALSF Me Marie-Aimée PEYRON, Bâtonnier du Barreau de Paris
09H15	Retour d'expérience sur la sécurité juridique des projets d'investissement en Afrique <i>Panel des directeurs juridiques des Institutions de financement de développement</i> BAD, AFC, AFD, AFREXIMBANK
10H45	Investir en Afrique Francophone Focus sur la Côte d'Ivoire, le Cameroun, le Sénégal, la Guinée-Conakry et la République Démocratique du Congo <i>Panel animé par des Cabinets d'Avocats de Côte d'Ivoire, du Cameroun, de la Guinée-Conakry, du Sénégal et de la RDC</i>
12H00	Investir en Afrique Anglophone Focus sur l'Afrique du Sud, le Ghana et le Nigéria <i>Panel animé par des Cabinets d'Avocats de l'Afrique du Sud, du Ghana et du Nigéria</i>
14H30	Investir en Afrique du Nord Focus sur l'Algérie, l'Egypte, le Maroc et la Tunisie <i>Panel animé par des cabinets d'avocats de l'Algérie, de l'Egypte, du Maroc et de la Tunisie</i>
16H15	Arbitrage en Afrique
17H30	Cocktail de clôture de la première journée

04 MAI 2018

HYATT REGENCY PARIS ÉTOILE
3 Place du Général Kœnig, 75017 Paris

08H45	Collaboration entre directeurs juridiques des entreprises françaises opérant en Afrique et cabinets d'avocats d'Afrique Représentant de l'AFJE Représentant de cabinet d'avocats d'affaires francophone Représentant de cabinet d'avocats d'affaires anglophone
10H00	Amélioration du climat des affaires et accès à l'information juridique LexisNexis ALSF
11H00	Rencontres bilatérales (B to B) entre cabinets d'avocats africains et : <ul style="list-style-type: none"> • Cabinets internationaux • Entreprises françaises • Institutions de financement du développement (africaines et internationales)
13H00	Clôture de la conférence suivie d'un déjeuner