

# La Perspective Africaine de la Réforme du Régime de l'investissement International

Sanae Bouyayachen

University Mohammed V - Rabat, Morocco

This work is distributed under the CC BY license (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)



<https://doi.org/10.30489/cifj.2023.378240.1062>

## ARTICLE INFO

### Article history:

Receive Date: 25 December 2022

Revise Date: 25 January 2023

Accept Date: 01 February 2023

Online Date: 01 February 2023

### Keywords:

Traités Bilatéraux  
D'investissements, Code  
Panafrique D'investissements,  
ZLECAF, Union Africaine, CIRDI

## ABSTRACT

Le droit international des investissements fait face à de nouveaux défis à l'échelle internationale et plus particulièrement en Afrique. L'analyse de cette branche du Droit est désormais à la croisée de différentes autres disciplines. Le droit international des investissements doit donc se refondre afin de répondre à un nouvel ordre économique international. L'Afrique se positionne dans cette optique et tente de rééquilibrer la donne sur le continent qui a été lésé par la rédaction des traités bilatéraux d'anciennes générations qui n'incluent pas les prérogatives de l'Etat hôte en matière de protection de l'environnement et des Droits de l'Homme. Notre étude va tenter de démontrer les aspects cohérents et incohérents de l'approche africaine du Droit international des investissements en appréhendant à la fois l'élément procédural et l'élément matériel et en mettant en avant la jonction de ce Droit avec les nouvelles dynamiques continentales et l'intégration régionale du continent et enfin nous tenterons de déterminer la viabilité de cette tentative d'africanisation du Droit international des investissements au regard de la refonte du volet procédural et du volet matériel.

## Introduction

A la croisée des chemins, le droit international des investissements<sup>1</sup> sort des sentiers battus et se rallie à une vision plus holistique permettant de mettre en lumière

les différentes externalités qui en émanent.<sup>2</sup>

S'inscrivant dans cette réorganisation internationale des perspectives de régulation des investissements étrangers, l'approche africaine de cette restructuration se caractérise principalement par une tentative

<sup>1</sup> Voir définition du Droit international des investissements dans l'ouvrage de De Nanteuil, A. (2017). *Droit international de l'investissement*. (2e éd). Paris : Pedone

<sup>2</sup> Cuendet, S. (2017). *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*. Bruxelles : Bruylant

d'africanisation du Droit international des investissements. Dans le but de déterminer si l'africanisation<sup>3</sup> est viable et tangible, il convient d'évaluer la cohérence de l'articulation des volets externe et interne de cette tentative africaine d'harmonisation des investissements internationaux afin de spécifier au final l'archétype de juridicisation africaine en matière d'investissements et l'impact de l'influence internationale notamment suite aux différentes crises internationales<sup>4</sup> et de ce fait les dispositions mises en œuvre par l'Afrique pour tenter de réduire les inégalités en ayant recours au droit international. L'étude des évolutions africaines en matière de régulation des investissements internationaux nécessite l'analyse de cette africanisation du droit international des investissements au prisme de la cohérence donnant lieu ainsi à une contradiction.

D'un côté, la création d'un code panafricain des investissements et l'établissement de mesures relatives aux investissements étrangers dans les futurs accords de libre-

échange<sup>5</sup> sont une tentative de coordination, et d'harmonisation.<sup>6</sup> En effet, l'africanisation du droit international des investissements se situe au croisement d'une pluralité de fondements, de raisonnements, d'instruments et de bases juridiques, conduisant à un éclatement des régimes et à des questionnements sur la cohérence de la démarche. L'incohérence de l'africanisation du droit international des investissements serait structurelle, en raison notamment de la pilarisation et de l'inflation normative qui s'y produit. De surcroît, les objectifs de l'africanisation ne sont ni structurés ni clairement ordonnés entre eux.

Mais ce désordre est-il profond ou superficiel ? Le concept d'africanisation est à certains égards une cote taillée pour un assemblage de mesures communes à savoir toutes les questions d'ordre éthique et d'ordre juridique, cela ne conduit pas pour autant à la conclusion que chaque mesure

<sup>3</sup> Olabisi, D. A. (2021). Africanization and the Reform of International Investment Law, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 53, 7-34

<sup>4</sup> Zwolankiewicz, A. (2021). The Brave New World of Foreign Investment in the Wake of Covid-19 Pandemic: Current Situation and Potential Disputes. *CIFILE Journal of International Law*, 2(4)

<sup>5</sup> Cas du protocole d'investissement de la ZLECAf conclu en décembre 2022. Le protocole sur l'investissement repose sur quatre piliers : la promotion et la facilitation des investissements, la protection des investissements, les obligations des investisseurs et les engagements des États. Les dispositions de fond des quatre piliers sont soutenues par des dispositions sur la prévention et le règlement des différends.

<sup>6</sup> Mbengue, M. M. ; Schacherer, S. (2017). The 'Africanization' of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the international investment regime, *The Journal of World Investment & Trade*, 18( 3), 414-448

composant cette africanisation est, prise individuellement et développée de façon cohérente. L'objet de notre étude est donc de mesurer si l'action de l'Union africaine d'une part et celle des pays africains d'autre part en matière d'investissements internationaux sont articulées et ordonnées.

À première vue, et si l'on s'en tient aux normes non contraignantes que comporte les traités bilatéraux d'investissements de nouvelle génération ainsi que les dispositions à vocation volontaire contenues dans le code panafricain des investissements, la démarche africaine de réforme du droit international des investissements des investissements internationaux apparaît comme une stratégie en crise.

Quant aux disparités de négociation et renégociation des traités bilatéraux d'investissements africains, ils témoignent de la difficulté que rencontrent les institutions d'intégration africaine à faire émerger une politique africaine d'investissements internationaux communautaire intégrée.

La cohérence de la réforme africaine du droit international des investissements est un enjeu majeur pour le développement du continent. Le processus d'africanisation du

droit international des investissements a-t-il permis de répondre efficacement aux critiques formulées contre le manque d'équilibre dans la distribution des droits et des obligations entre les États d'accueil d'une part, et les investisseurs, d'autre part? Qu'en est-il, dans ce contexte, de l'articulation des volets interne et externe de cette refonte africaine de la réglementation des investissements étrangers? Ajoute-t-elle au désordre ou peut-on conclure à une relative - cohérence des deux volets?

Pour tenter de répondre à cette interrogation, il faut au préalable identifier et délimiter les deux volets interne et externe de la politique africaine des investissements internationaux et ensuite définir ce que l'on entend par le terme *cohérence* dans cette étude.

On peut distinguer le volet externe par l'étendue extérieure de la refonte africaine du droit international des investissements, ce volet régule principalement les traités bilatéraux d'investissements conclus entre les États membres de l'Union Africaine et les États tiers.

Le volet interne pour sa part est composé d'instruments et actions communautaires qui tentent de mettre en place une politique africaine des investissements internationaux commune aux États membres de l'Union

Africaine. Le volet interne recouvre premièrement les outils d'intégration juridique et économique de l'Afrique, à savoir l'accord portant création de la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf), le traité d'Abuja, le code panafricain des investissements et le futur protocole d'investissement de la Zone de libre-échange continentale africaine, et deuxièmement les traités bilatéraux d'investissements conclus entre les Etats membres de l'Union Africaine.

Toutes les directives relevant du volet interne ont pour objet d'harmoniser les droits des États membres en matière d'investissements internationaux. Quant au volet externe de l'africanisation, il est plus hétéroclite. Il est essentiellement constitué d'actions et programmes à destination des États tiers.

Il reste donc à déterminer si les développements opérationnels et normatifs de ces deux volets sont articulés de façon cohérente. De prime abord, l'appréciation de la cohérence ne semble poser aucune difficulté tant elle est ressentie intuitivement.

Le critère de la cohérence apparaît comme un point déterminant de toute politique communautaire selon Denys Simon, et une

méthode d'articulation des normes autour d'objectifs prioritaires pour la communauté<sup>7</sup>. La cohérence renvoie donc à une liaison étroite, une articulation formelle, il s'agira donc de déterminer s'il existe entre les deux volets de la tentative d'africanisation un rapport logique, harmonisé et une adéquation entre les actions ou de façon opposée une absence de contradiction dans le développement des démarches menées au titre de chacun des deux volets.

Par ailleurs, la cohérence est susceptible d'avoir plusieurs niveaux. Rattachée à l'africanisation, la cohérence recherchée peut ainsi être globale si l'on choisit un prisme large, il s'agit d'apprécier si la réforme africaine du droit international des investissements est cohérente avec les autres politiques de l'Union Africaine et l'exigence de protection des droits fondamentaux ou sectoriels, à savoir l'absence d'incongruité dans le développement des actions de la tentative d'africanisation du droit international des investissements en elle-même. Enfin, on va s'attacher à identifier la cohérence matérielle et procédurale plutôt

---

<sup>7</sup> Simon, D. (2009). Cohérence et ordre juridique communautaire, in V. Michel (Eds.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence* (pp. 34-41). Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg

que la cohérence institutionnelle durant cette étude.

Notre étude sera organisée autour de quatre points de références, les deux premiers étant la détermination de la cohérence du volet matériel de la refonte africaine du Droit international des investissements (I), les deux seconds étant la détermination de la cohérence du volet procédural de la refonte africaine du Droit international des investissements (II).

### **I - La matérialisation fragmentée de la refonte africaine du droit international des investissements**

La matérialité de la refonte africaine du Droit international des investissements ne s'accomplira pleinement qu'avec une édification cohérente des divers éléments reliant son agencement. Cette refonte semble être l'exemple parfait d'un dessein fragmenté car si la valorisation des prémices d'une africanisation du droit international des investissements semble être une réflexion cohérente (1), l'élaboration de la matérialisation de la refonte souffre de nombreuses lacunes (2).

### **1 - La construction cohérente de la tentative d'africanisation du droit international des investissements**

Le volet interne et le volet externe de la réforme étant la continuité de la même volonté de répondre aux enjeux africains du droit international des investissements, le premier point de référence est donc de déterminer les éléments composant la construction cohérente de la tentative d'africanisation du droit international des investissements. Concernant le volet interne, les objectifs sont principalement l'élaboration d'un réseau d'investissements intra-africains respectant le développement durable, et l'instauration de la coopération Sud-Sud, mettre en exergue la réforme structurelle du continent, réduire l'impact négatif des anciens traités bilatéraux d'investissements. Quant au volet externe, il est la projection, à l'extérieur de l'Afrique, des principes et valeurs du volet interne, *via* la mise en place d'un partenariat avec les États hors union africaine qui respecte les normes de développement durable et la politique nationale des États africains hôtes. La tentative de mise en cohérence matérielle et procédurale des deux volets est primordiale et s'observe à travers la mise en place de certains instruments et actions que l'on tentera de mettre en lumière.

Toutefois, le constat de la cohérence des volets interne et externe de la tentative d'africanisation du droit international des investissements ne peut s'arrêter à l'analyse du modèle d'africanisation et de sa conception. Les développements normatifs et opérationnels de la réforme africaine du processus de régulation des investissements internationaux prônée par l'Union Africaine laissent apparaître des désordres ainsi que des failles dans l'articulation des deux volets. En d'autres termes, la cohérence de l'africanisation du droit international des investissements est fragile et relative à plusieurs égards notamment concernant la matérialisation fragmentée du volet externe de cette réforme.

## **2 – L'élaboration fragmentée de la réforme africaine du Droit international des investissements**

Le second point de référence de notre raisonnement tente de déterminer la cohérence relative de la matérialisation de la réforme africaine du droit international des investissements. Ainsi la cohérence est seulement présumée, les volets interne et externe sont loin d'être achevés et stabilisés. Les normes adoptées ne sont pas parvenues à fonder un régime commun d'investissements internationaux, ni à revêtir

un aspect contraignant, cela influence également la cohérence de l'articulation des deux volets interne et externe de la réforme entamée sur le continent : comment le volet externe pourrait-il prolonger, exprimer à l'extérieur de l'Afrique un volet interne en cours de formation et incomplet ? La faible harmonisation des traités et l'aspect non coercitif des mesures prises en faveur du développement durable rendent le volet interne dysfonctionnel.

On doit donc admettre que si l'architecture de la nouvelle réglementation des investissements étrangers a été considérée de manière rationnelle, la réalisation du plan souffre de plusieurs incohérences tant sur le plan de la mise en place que sur le plan matériel et le plan procédural.

Tout d'abord, il existe des incohérences dans les régimes existant sur le continent en raison des disparités dans le contenu des instruments d'investissements internationaux promulgués par les différentes communautés économiques africaines, ainsi que des divergences dans le contenu des traités bilatéraux d'investissements signés par les États membres avec les pays extérieurs à l'Afrique.

Ensuite, les lacunes en matière de gouvernance et le manque d'application dans

la pratique, compromettraient l'efficacité des lois en cours d'élaboration.

En parallèle, l'africanisation du droit international des investissements n'attirera pas les investissements opportuns qui agissent pour le développement durable, si les infrastructures essentielles, font défaut.

Enfin, la sous représentation africaine dans les institutions arbitrales internationales qui élaborent et enrichissent la jurisprudence porte préjudice à l'application de certaines mesures.

Pour finir, l'articulation est déplacée, et il existe une jonction entre la refonte africaine du droit international des investissements et les autres politiques continentale, notamment la politique énergétique africaine.

On s'attachera toutefois à une notion étroite de la cohérence. Cette dernière est avérée quand il n'y a pas de rupture majeure des finalités et des moyens utilisés pour aboutir aux finalités entre les volets interne et externe. L'incohérence peut toute fois être acceptée si elle sert à des fins de développement et de perpétuation des droits humains<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Kovar, R. (2009). Eloge tempérée de l'incohérence , in V. Michel (Eds.), *Le droit, les institutions et les*

## **II – L'applicabilité impondérable de la refonte africaine du Droit international des investissements**

La concrétisation des nouveaux dogmes ne se fait que simultanément à leur application et leur exercice effectif. Un ensemble d'outils procéduraux permettent l'adéquation des mesures prises avec le système de règlement des différends existant actuellement (2), mais la réalité matérielle faisant face aux Etats africains peut freiner cette mouvance vers de nouveaux paradigmes (1).

### **1 - La jonction entre la refonte du Droit international des investissements et le Droit au développement du continent**

L'essor de l'Afrique dépend principalement de sa politique énergétique et écologique. L'Afrique tend désormais à attirer les investissements réalisant pleinement son développement économique sans pour autant porter atteinte au volet climatique et énergétique. Les traités bilatéraux d'anciennes générations ont tendance à favoriser tous les investissements y compris ceux qui vont à l'encontre de ces nouveaux principes de développement durable.

*politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence* (pp. 41-49). Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg



En revanche, les traités bilatéraux d'investissements existants ne doivent pas être renégociés ou rédigés pour exclure les investissements dans le secteur des combustibles fossiles de la définition globale des investissements couverts par la protection juridique. Les parties à ces traités doivent décourager ou éliminer progressivement les investissements supplémentaires dans le secteur des combustibles fossiles dans le cadre juridique existant de protection des investissements, à savoir par un exercice légal du pouvoir de réglementation de l'État qui n'érode pas les attentes légitimes des investisseurs et donc n'entraîne pas indûment un traitement injuste ou inéquitable.

Les pays africains ne disposant pas de grands moyens pour une transition écologique dans le domaine des investissements internationaux ne voudront pas renoncer complètement à leur « droit au développement » et à la conclusion de contrats d'investissements dans le secteur énergétique des combustibles fossiles.

Encourager le droit au développement dans les pays africains grâce à la protection continue des traités d'investissement pour les investissements pétroliers et gaziers peut également catalyser une industrialisation et

une croissance plus rapides dans ces pays, réduisant éventuellement le taux de natalité et donc l'impact sur l'environnement mondial et la biodiversité dû à une forte densité de population humaine.<sup>9</sup> Les responsables politiques devraient avoir à l'esprit ces conciliations à court et à long terme entre croissance économique et protection de l'environnement lorsqu'ils négocient de nouveaux traités bilatéraux d'investissements ou renégocient d'anciens.

Il existe d'autres moyens plus équilibrés pour les États hôtes, et ce grâce à l'arbitrage des investissements afin de comptabiliser correctement les « coûts sociaux » de la pollution par les combustibles fossiles.

Des propositions visent à étendre la disposition sur la « loi applicable » des traités bilatéraux d'investissements pour obliger ou encourager les tribunaux à tenir compte des obligations d'un État en matière de traités environnementaux, ou permettre aux tribunaux pendant la phase quantique d'analyser si les investisseurs ont respecté les meilleures pratiques environnementales telles que décrites dans les instruments

---

<sup>9</sup> OECD, OECD and the Sustainable Development : Goals Delivering on universal goals and targets, disponible en ligne sur <https://www.oecd.org/dac/sustainable-development-goals.html>. (site web visité le 15 novembre 2022)



juridiques non contraignants, voire s'ils ont réduit les dommages en conséquence.<sup>10</sup>

Les tribunaux sont également encouragés à s'appuyer sur la doctrine et plus particulièrement le recours à la déférence dans l'arbitrage des investissements internationaux, à savoir la due diligence doctrine et la doctrine *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (le principe « clean hands »)<sup>11</sup>, le principe de bonne foi et la nouvelle tendance de son utilisation pour la défense des Etats hôtes, the police powers doctrine<sup>12</sup> mais également notons la portée de la possible marge d'appréciation du tribunal dans l'acceptation d'une demande reconventionnelle des Etats hôtes en matière des droits de l'Homme<sup>13</sup>, voire la

prise en compte tout simplement des dispositions relatives au développement durable et aux droits humains.<sup>14</sup>

## **2 - La refonte des aspects procéduraux du Droit international des investissements en Afrique**

Les litiges d'investissements liés à l'environnement et au changement climatique peuvent impliquer la transition énergétique et des questions d'intérêt public au sens large, notamment la protection de l'environnement<sup>15</sup>, le développement économique et la fiscalité.<sup>16</sup> Par conséquent, de tels différends peuvent impliquer et nécessiter une analyse d'experts, y compris des études d'impact environnemental complexes<sup>17</sup>, des évaluations de risques et d'autres analyses politiques multidimensionnelles.

Compte tenu du fait que les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissement ne sont pas expérimentés pour examiner de manière adéquate les grandes questions

---

<sup>10</sup> Biloune and Marine Drive Complex Ltd. c/ Ghana où le Tribunal a décidé qu'il « n'[avait] pas compétence pour traiter, en tant que cause d'action indépendante, une allégation de violation des droits de l'homme », Décision du tribunal ad-hoc de la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international sur la compétence et la responsabilité, International Law Reports, 27 Octobre 1989

<sup>11</sup> Affaire CIRDI (fond), 18 Juin 2010, affaire n° ARB/07/24, Gustav O Hamester GmbH & Co KG c/ Ghana et Affaire CIRDI (fond), 6 Octobre 2006, affaire n° Arb/00/7, World Duty Free Co c/ Kenya

<sup>12</sup> Affaire CIRDI (fond), 25 Mai 2018, n° ARB/12/15 Veolia Propreté c/ Egypte et Affaire CIRDI (fond), 4 Aout 2010, n° ARB (AF)/07/1, Piero Foresti and Others c/ Afrique du Sud et Affaire CIRDI (décision en annulation), 1 Novembre 2006, n° ARB/99/7, Patrick Mitchell c/ Congo

<sup>13</sup> Affaire CIRDI (compétence), 8 décembre 2006, n° ARB/07/26, Urbaser S.A and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c/ Argentine

---

<sup>14</sup> Affaire CIRDI (décision en rectification), 26 septembre 2016, n° ARB/10/7, Phillippe Morris c/ Uruguay et Affaire CIRDI (compétence), 30 novembre 2017, n° ARB/14/2, Bear Creek c/ Pérou

<sup>15</sup> De Schutter, O. (2014). Trade in the Service of Climate Change Mitigation: The question of linkage. *Journal of Human Rights and the Environment*, 69, 65–102

<sup>16</sup> Affaire CIRDI (compétence), 12 Janvier 2016, n° ARB/13/7, Houben c/ Burundi

<sup>17</sup> Voir Nigerian EIA Act de 1992

relatives aux politiques publiques portant sur le développement durable, le droit de l'environnement et les droits de l'Homme<sup>18</sup>, l'intégration des mémoires d'amicus curiae pourrait ainsi aider les tribunaux en fournissant des perspectives, une expertise et des arguments spécialisés qui sont distincts de ceux des parties au différend. L'inclusion de dispositions procédurales d'amicus curiae plus solides dans les futurs traités bilatéraux d'investissements des pays africains pourrait même servir l'intérêt public en atténuant les inquiétudes de la société civile concernant la compatibilité du règlement des différends entre investisseurs et États avec les objectifs de la transition écologique et les droits de l'Homme<sup>19</sup>.

De même, les Objectifs de Développement Durable des Nations Unies (ODD) sont de nature multidimensionnelle et chaque objectif individuel est étroitement lié aux

<sup>18</sup> Krommendijk, J. ; Morijn, J. (2009). 'Proportional' by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration. in P-M, Dupuy. ; F, Francioni. ; E-U, Petersmann. (Eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Oxford : Oxford University Press

<sup>19</sup> Affaire CIRDI (fond), 26 Mars 2007, n°ARB/05/22, Biwater Gauff (Tanzania) Ltd c/ Tanzanie , soumission des Amicus Curiae en référence à la Charte africaine des droits et du bien être de l'enfant à laquelle la Tanzanie adhère mais pas le Royaume Uni. Affaire CIRDI (décision en annulation), 21 novembre 2018 n° ARB/10/15, Bernhard von Pezold and Others c/ Zimbabwe. Affaire CIRDI (décision en annulation), 26 Juin 2012, n° ARB/10/25, Border Timbers Ltd and Others c/ Zimbabwe

autres ainsi qu'aux efforts d'atténuation du changement climatique, au droit international de l'environnement<sup>20</sup> et, par conséquent, au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États.<sup>21</sup>

Afin d'éliminer les redondances et de concilier les conflits entre ces régimes, les traités bilatéraux d'investissements et les Objectifs de Développement Durable tentent difficilement d'harmoniser leurs approches méthodologiques. L'interaction entre le droit international des investissements et les Objectifs de Développement Durable est un phénomène relativement nouveau et le cadre juridique est encore en développement. Par conséquent, les États africains peuvent être confrontés à des difficultés lorsqu'ils tentent de se conformer à la fois aux obligations au titre des traités bilatéraux d'investissements d'anciennes générations conclus et aux obligations en matière de droit national ou international sur la base des Objectifs de Développement Durable.

En effet, la génération actuelle de traités bilatéraux d'investissements n'inclut aucune

<sup>20</sup> Poorhashemi, A. (2020). "Emergence of "International Environmental Law": as a new branch of International Public Law.". CIFILE Journal of International Law, 1(2), 33-39

<sup>21</sup> OECD, OECD and the Sustainable Development Goals: Delivering on universal goals and targets, disponible en ligne sur <https://www.oecd.org/dac/sustainable-development-goals.htm>. (site web visité le 15 novembre 2022)

référence directe ou disposition explicite sur les Objectifs de Développement Durable, laissant aux tribunaux la tâche difficile d'essayer de concilier les obligations des États en matière de droit de l'environnement et les droits des investisseurs dans le cadre de la protection de l'investissement pour concilier le régime actuel des traités d'investissement avec les Objectifs de Développement Durable et les objectifs plus larges de la transition énergétique.

La régression par rapport aux mesures environnementales et aux engagements en matière de changement climatique est un phénomène que nous avons observé dans plusieurs juridictions au cours des dernières années,<sup>22</sup> malgré le fait que les États ont pris des engagements au niveau international<sup>23</sup> pour atteindre les objectifs des Objectifs de Développement Durable et faciliter la transition énergétique.

La mise en place de la disposition de non-régression vise à promouvoir le développement durable et à garantir que les pays continuent d'avancer dans les

engagements environnementaux, et également empêche d'affaiblir leurs engagements environnementaux, garantissant ainsi aux États le maintien et la progression dans ces engagements donnant lieu à des propositions pour l'inclusion de dispositions sur le « droit de réglementer »,<sup>24</sup> ou même des dispositions « d'exclusion » pour les mesures relatives à la protection de l'environnement et au développement durable en matière de régulation des investissements internationaux.

Par conséquent, l'inclusion de ce libellé permettrait aux tribunaux de peser ces différentes considérations, plutôt que de simplement regarder si une dérogation a eu lieu. Ce langage ne semble pas être présent dans la grande majorité des traités bilatéraux d'investissements qui contiennent néanmoins des dispositions de non-régression, ce qui peut entraîner des interprétations très rigides à l'encontre des États qui ne sont pas conformes à l'intention initiale de ces dispositions.

Enfin les investisseurs et les États hôtes doivent être tenus de produire des études d'impact environnemental avant la

---

<sup>22</sup> Social and Economic Rights Action Center & the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria (Communication No.155/69) en invoquant la violation des articles 2, 4, 14, 16, 18(1), 21, et 24 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples

<sup>23</sup> A savoir le protocole de Kyoto et les accords de Paris

---

<sup>24</sup> OECD, OECD and the Sustainable Development Goals: Delivering on universal goals and targets, disponible en ligne sur <https://www.oecd.org/dac/sustainable-development-goals.htm>. (site web visité le 15 novembre 2022)

réalisation de tout investissement mais cette étape est fréquemment négligée lors de la rédaction des traités bilatéraux d'investissements. Habituellement, le devoir de l'investisseur de mener une étude d'impact sur l'environnement découle d'une obligation dans le traité d'investissement pertinent selon laquelle tout investissement couvert doit être effectué conformément à la législation nationale de l'État hôte.

De nombreuses lois nationales exigent la production d'une étude d'impact sur l'environnement par l'investisseur et son examen ainsi que son approbation par les organismes de réglementation de l'État afin que l'investisseur soit autorisé à réaliser et à développer son investissement dans toute industrie sensible à l'environnement. Le rôle et l'utilité des études d'impact sur l'environnement pour la facilitation de la transition écologique et la lutte contre le changement climatique ne doivent pas être négligés. Les études d'impact sur l'environnement sont considérées comme des éléments fondamentaux d'une prise de décision cohérente.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Vadi, S.V. (2010). Environmental Impact Assessment in Investment Disputes: Method, Governance and Jurisprudence. *Polish Yearbook Of International Law*, 30, 169-204

De même, les tribunaux d'investissement ont estimé que les études d'impact sur l'environnement constituent des exigences significatives<sup>26</sup> pouvant être d'une grande pertinence pour de nombreux types d'investissements majeurs à l'époque moderne.

Pour que ce potentiel soit réalisé et pour que les études d'impact sur l'environnement contribuent à mieux concilier l'investissement avec les objectifs des Objectifs de Développement Durable et la transition écologique, elles devraient occuper une place plus importante et plus explicite dans les futurs traités bilatéraux d'investissements. Ceci peut être réalisé de plusieurs manières. Les études d'impact sur l'environnement devraient être mentionnées, explicitement, dans les traités bilatéraux d'investissements et ne pas être exclues du texte des traités.

Les dispositions des traités d'investissement de nouvelle génération doivent définir des normes claires et peuvent donc servir à combler les lacunes, en particulier dans les pays africains où les réglementations environnementales sont moins développées et robustes concernant les dispositions

---

<sup>26</sup> Affaire CIRDI (compétence), 22 octobre 2018, n° ARB/15/29, Cortec Mining c/ Kenya

relatives aux droits de l'Homme et à l'environnement.

Pour conclure, la célérité dans la rédaction des traités et des dispositions et des clauses en leur sein joue un rôle crucial pour la faisabilité de la réforme africaine du droit international des investissements.

### Conclusion

Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements est apparu au XXe siècle pour faire office de tribunal des investissements étrangers et permettre aux investisseurs étrangers de faire valoir des droits légaux contre les États hôtes sans l'intervention de leur État d'origine. Mais cette compréhension du droit international des investissements<sup>27</sup> - droits des investisseurs et devoirs de l'État hôte - est désormais une relique du passé. Pourtant, en raison de leur nature asymétrique actuelle<sup>28</sup>, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements et le droit international des investissements ne réglementent pas efficacement la conduite des investisseurs. Divers États ont clairement indiqué que cette

asymétrie devait changer. Une manifestation importante de ce mouvement de changement est l'inclusion des obligations des investisseurs dans certains traités d'investissement. Dans la quête de la responsabilité des investisseurs, les outils procéduraux pour faire respecter les obligations des deux parties contractantes, doivent faire office d'éléments contraignants dans les nouveaux traités d'investissement.

Le défi qui incombe aux États est de créer les outils procéduraux nécessaires.<sup>29</sup> La refonte de certains des mécanismes de procédure et des normes de fond des traités d'investissement standard, même de manière très mineure, garantirait que les États disposent de la marge de manœuvre nécessaire pour prendre des mesures pour lutter contre le changement climatique et faciliter la transition énergétique sans encourir de responsabilité importante dans l'arbitrage des traités d'investissement. Les changements proposés seraient un bénéfice également à l'investisseur en fournissant des normes plus claires et en gérant ses attentes. La réforme du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements pour s'aligner sur les visées

<sup>27</sup> Dolzer, R. ; Schreuer, C. (2014). *Principles of International Investment Law*. Oxford : Oxford University Press

<sup>28</sup> Salama, Y. (2022), Obtaining Damages for Corporate Human Rights Violations in Investment Arbitration, CIFILE Journal of International Law, 3(5)

<sup>29</sup> Mouyal, L.W. (2016). *International Investment Law and the Right to Regulate A human rights perspective*. (1st ed.). Londo : Routledge

des Objectifs de Développement Durable et la transition écologique n'est pas un jeu à somme nulle, mais plutôt une opportunité de construire un système économique et juridictionnel international plus équitable, transparent et fiable, basé sur une prospérité partagée.

### **CONFLICT OF INTEREST**

The author (s) declares that there is no conflict of interest regarding the publication of this manuscript. In addition, the ethical issues, including plagiarism, informed consent, misconduct, data fabrication and/or falsification, double publication and/or submission, and redundancy, have been completely observed by the authors.

### **OPEN ACCESS**

OPEN ACCESS ©2023 The author(s). This article is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License, which permits use, sharing, adaptation, distribution and reproduction in any medium or format, as long as you give appropriate credit to the original author(s) and the source, provide a link to the Creative Commons license, and indicate if changes were made. The images or other third party material in this article are included in the article's Creative Commons license unless indicated otherwise in a credit line to the material. If material is not included in the article's Creative Commons license and your intended use is not permitted by statutory regulation or exceeds the permitted use, you will need to obtain permission directly from the copyright holder. To view a copy of this license, visit: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

### **PUBLISHER'S NOTE**

CIFILE Publisher remains neutral concerning jurisdictional claims in published maps and institutional affiliations.



## REFERENCES

### Ouvrages :

Cuendet, S. (2017). *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*. Bruxelles : Bruylant

De Nanteuil, A. (2017). *Droit international de l'investissement*. (2e éd). Paris : Pedone  
Dolzer, R. ; Schreuer, C. (2014). *Principles of International Investment Law*. Oxford : Oxford University Press

Krommendijk, J. ; Morijn, J. (2009). 'Proportional' by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration. in P-M, Dupuy. ; F, Francioni. ; E-U, Petersmann. (Eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Oxford : Oxford University Press

Mouyal, L.W. (2016). *International Investment Law and the Right to Regulate A human rights perspective*. (1st ed.). Londo : Routledge

### Articles :

De Schutter, O. (2014). Trade in the Service of Climate Change Mitigation: The question of linkage. *Journal of Human Rights and the Environment*, 69, 65–102

Kovar, R. (2009). Eloge tempérée de l'incohérence , in V. Michel (Eds.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence* (pp. 41-49). Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg

Mbengue, M. M. ; Schacherer, S. (2017). The 'Africanization' of International

Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the international investment regime, *The Journal of World Investment & Trade*, 18( 3), 414-448

Olabisi, D. A. (2021). Africanization and the Reform of International Investment Law, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 53, 7-34

Poorhashemi, A. (2020). "Emergence of "International Environmental Law": as a new branch of International Public Law.". *CIFILE Journal of International Law*, 1(2), 33-39.

Salama, Y. (2022), Obtaining Damages for Corporate Human Rights Violations in Investment Arbitration, *CIFILE Journal of International Law*, 3(5)

Simon, D. (2009). Cohérence et ordre juridique communautaire, in V. Michel (Eds.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence* (pp. 34-41). Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg

Vadi, S.V. (2010). Environmental Impact Assessment in Investment Disputes: Method, Governance and Jurisprudence. *Polish Yearbook Of International Law* , 30, 169-204

Zwolankiewicz, A. (2021). The Brave New World of Foreign Investment in the Wake of Covid-19 Pandemic: Current Situation and Potential Disputes. *CIFILE Journal of International Law*, 2(4)

### Affaires CIRDI :

Affaire CIRDI (compétence), 12 Janvier 2016, n° ARB/13/7, Houben c/ Burundi



Affaire CIRDI (compétence), 22 octobre 2018, n° ARB/15/29, Cortec Mining c/ Kenya

Affaire CIRDI (compétence), 8 décembre 2006, n°ARB/07/26, Urbaser S.A and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c/ Argentine

Affaire CIRDI (décision en rectification), 26 septembre 2016, n° ARB/10/7, Phillipe Morris c/ Uruguay et Affaire CIRDI (compétence), 30 novembre 2017, n°ARB/14/2, Bear Creek c/ Pérou

Affaire CIRDI (fond), 18 Juin 2010, affaire n° ARB/07/24, Gustav O Hamester GmbH & Co KG c/ Ghana et Affaire CIRDI (fond), 6 Octobre 2006, affaire n° Arb/00/7, World Duty Free Co c/ Kenya

Affaire CIRDI (fond), 25 Mai 2018, n° ARB/12/15 Veolia Propreté c/ Egypte et Affaire CIRDI (fond), 4 Aout 2010, n° ARB (AF)/07/1, Piero Foresti and Others c/ Afrique du Sud et Affaire CIRDI (décision en annulation), 1 Novembre 2006, n°ARB/99/7, Patrick Mitchell c/ Congo

Affaire CIRDI (fond), 26 Mars 2007, n°ARB/05/22, Biwater Gauff (Tanzania) Ltd c/ Tanzanie

Affaire CIRDI (décision en annulation), 21 novembre 2018 n° ARB/10/15, Bernhard von Pezold and Others c/ Zimbabwe

Affaire CIRDI (décision en annulation), 26 Juin 2012, n° ARB/10/25, Border Timbers Ltd and Others c/ Zimbabwe

Affaire Ad-Hoc (Décision sur la compétence), 27 octobre 1989, Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd. (Ghana) c/ Ghana Investment Centre et le Gouvernement du Ghana

### **Documents officiels :**

Accords de Paris signés en 2015

Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples signée en 1981

Charte Africaine des droits et du bien être de l'enfant signée en 1990

Nigerian Environmental Impact Assessment Act signé en 1992

Protocole d'investissement de la ZLECAf signé en 2022

Protocole de Kyoto signé en 1997

### **Communications :**

Social and Economic Rights Action Center & the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria (Communication No.155/69)

### **Webographie :**

OECD, OECD and the Sustainable Development : Goals Delivering on universal goals and targets, disponible en ligne sur <https://www.oecd.org/dac/sustainable-development-goals.html>. (Site web visité le 15 novembre 2022)