

Quelle place réserver à l'investissement direct étranger dans le droit OHADA? Réflexions à partir des expériences européenne et nord-américaine

Hervé Agbodjan Prince

Table des matières

Introduction

1. L'omission de l'IDÉ dans la délimitation du champ matériel du droit communautaire des affaires : acte manqué ou choix délibéré?
 - 1.1 Délimitation basée sur l'interprétation du Traité OHADA
 - 1.2 Le concept d'IDÉ dans le droit moderne des affaires : vers un droit économique
2. L'incorporation de l'IDÉ dans le droit communautaire: une forme de modernisation du droit OHADA des affaires
 - 2.1 Les accords d'intégration économique modernes comme piste de réflexion : l'inspiration transatlantique
 - 2.2 La réforme de la Politique commerciale commune comme source d'inspiration pour une réforme de l'OHADA en matière d'IDÉ?

Conclusion

Résumé

Alors que l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) affiche l'ambition d'instituer un espace juridique et judiciaire sécurisé pour les affaires, aucun des instruments juridiques qui formalisent cette ambition n'est consacré à l'encadrement juridique de l'investissement direct étranger (IDÉ). Les règles applicables en cette matière sont dispersées, voire dissimulées dans des dispositions éparses. C'est bien ici une particularité malheureuse qui contraste de surcroît avec les évolutions récentes des modèles d'intégration régionale. Certes, l'OHADA n'est pas une intégration économique classique. Elle est avant tout une intégration juridique. Mais son champ d'expression demeure l'économie, et en tant que telle la question de l'omission de l'IDÉ se pose. Le choix semble pourtant délibéré. Il faut dire que la régulation de l'IDÉ dans un cadre régional implique un dessaisissement de pans entiers de souveraineté auquel les États membres de l'OHADA ne semblent pas prêts. Dans le cadre de cet article, l'auteur tente de comprendre les raisons de cette omission. En s'inspirant de modèles d'intégration extra africains tels que l'Union européenne ou celui envisagé par l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG), l'auteur entend proposer une réflexion sur les articulations possibles entre l'incorporation à l'OHADA, d'un instrument juridique consacré à l'IDÉ et les récentes mutations observées dans les processus d'intégration.

· Professeur agrégé de droit international économique; Directeur de l'Observatoire de l'intégration économique, Faculté de droit, Université de Montréal.

Introduction

L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)¹ est un modèle d'intégration atypique. Atypique, car ce modèle d'intégration n'a pas pour mission première d'instituer une intégration économique régionale classique au sens où peuvent l'entendre les articles XXIV du GATT de 1994, V de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), ni même au sens des préférences commerciales découlant de la Clause d'habilitation² qui sont des

¹ L'OHADA a été créée par le Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 révisé à Québec au Canada le 17 octobre 2008. Le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique est entré en vigueur le 18 septembre 1995. L'OHADA regroupe 17 membres que sont : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, République Centrafricaine, République démocratique du Congo, Sénégal, Tchad, Togo ».

² « Les accords d'intégration économique sont généralement appelés des « accords commerciaux régionaux » (ACR). Il s'agit d'accords commerciaux réciproques conclus entre deux ou plusieurs partenaires commerciaux. En général, ils prennent soit la forme d'accord de libre-échange ou d'union douanière. Les formes les plus avancées peuvent déboucher sur les unions politiques comme c'est le cas de l'Union européenne. Ces accords reposent sur le fondement des articles XXIV du GATT de 1994 s'agissant du commerce des marchandises et de l'article V de l'Accord général sur le commerce des services pour ce qui concerne le commerce des services. De plus, ces accords commerciaux peuvent également se traduire par des accords préférentiels incluant le système généralisé des préférences, aux termes desquels des pays développés accordent des préférences commerciales à des pays en développement. Ces derniers accords ont pour fondement juridique, la clause d'habilitation ou « Traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement » datant de 1979. Organisation mondiale du commerce (OMC), en ligne :

mesures adoptées dans le cadre de l'*Organisation mondiale du commerce* (OMC)³. Ces dispositions renvoient à l'intégration économique, c'est-à-dire, la mise en place d'un processus d'intégration axé sur le principe de liberté de circulation des biens et services. L'OHADA est une organisation internationale de plein exercice qui a pour principal objectif de réaliser une intégration juridique entre ses États membres. L'intégration postulée ici en est une de juridique. Et si l'on se fie au traité constitutif de l'OHADA (ci-après, Traité OHADA, ou Traité)⁴, cette intégration juridique prendra la forme d'une harmonisation.

L'harmonisation procède avant tout de rapprochements entre diverses législations. Il ne s'agit pas de faire disparaître les droits nationaux au profit d'un droit régional, mais plutôt, de priver le droit national « de la faculté de déterminer lui-même ses finalités. »⁵ En ce sens, le droit national dans le cadre de l'harmonisation devra « se modifier et évoluer en fonction d'exigences définies et imposées par le droit [régional] de sorte que les différents systèmes nationaux présentent entre eux un certain degré d'homogénéité résultant de finalités communes. »⁶ L'harmonisation ne vise

https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm (consulté le 10 mai 2017).

³ Organisation mondiale du commerce (OMC), en ligne : <https://www.wto.org/indexfr.htm> (consulté le 10 mai 2017)

⁴ *Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique* adopté le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Île Maurice), J.O. OHADA, n° 4, 1^{er} nov. 1997.

⁵ Jean BOULOUIS, *Droit institutionnel des communautés européennes*, 2^e édition, Paris, Montchrestien, 1990, p. 196.

⁶ *Ibid.*

donc pas à instituer un modèle régional uniforme substituable aux régimes juridiques nationaux, elle vise plutôt à faire converger vers des objectifs communs, les législations nationales qui conserveront leur structure propre.

Pourtant, le processus d'intégration en cours à l'OHADA n'a rien d'harmonisé. Bien plus qu'un simple rapprochement des législations nationales, le droit OHADA est un droit uniforme. Selon le Nouveau Littré, le mot « uniforme » vient du latin *uniformis* signifiant « qui a la même forme, où l'on n'aperçoit aucune variété, dont toutes les parties se ressemblent entre elles. »⁷ Le droit matériel résultant de cette forme de régulation s'incarne dans un instrument juridique unique qui ne laisse aucune marge de manœuvre aux États. Ainsi, le droit uniforme va davantage s'apparenter à une codification. L'uniformisation exige que la teneur législative ou réglementaire qui en résulte soit parfaitement identique pour tous les intervenants à l'intégration juridique⁸. En droit OHADA, la déclinaison du régime juridique applicable en matière de droit des affaires en Afrique en une série d'Actes uniformes traduit davantage l'uniformisation que l'harmonisation. C'est donc le choix de l'uniformisation qui a été fait dans le droit OHADA, contrairement à ce qui est prévu par l'article 1^{er} du Traité⁹. La facilitation des

relations d'affaires passera ainsi par l'uniformisation. Cette uniformisation a une portée juridique bien délimitée : les affaires.

Le processus de régulation entrepris par l'OHADA s'intéresse ainsi au domaine du droit des affaires. Mais qu'est-ce le droit des affaires au sens du Traité OHADA? Pour en apercevoir le sens et la portée, il faut se référer à l'article 2 du Traité qui s'attelle à définir ce qui est ici entendu comme étant le droit des affaires. En effet : « [...] entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent Traité et aux dispositions de l'article 8 [...] »¹⁰.

Il résulte de cette disposition que le législateur OHADA ne retient pas du droit des affaires, une conception statique ni restrictive et encore moins figée dans le temps. En effet, le législateur OHADA précise très explicitement que pourront entrer dans le champ d'application du Traité toutes autres matières que le Conseil des Ministres déciderait à l'unanimité d'y inclure. On pourrait ainsi considérer que si toutes les conditions fixées aux articles 2 et 8 du Traité étaient réunies, l'investissement direct étranger (IDÉ) pourrait sans difficulté intégrer la

⁷ *Le Nouveau Littré; Édition augmentée du Petit Littré*, Éditions Garnier, Varesse, 2004.

⁸ Innocent FETZE KANDEM, « Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique » (2009) 43 *R.J.T.* 605.620.

⁹ Traité OHADA, art. 1^{er} : « le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les États Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et

par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ».

¹⁰ Traité OHADA, préc., note 4, art. 2.

conception « communautaire »¹¹ du droit des affaires et ainsi, faire l'objet d'un Acte uniforme.

La question qui se pose est donc celle de savoir s'il est pertinent d'intégrer dans le droit communautaire l'IDÉ. Advenant la décision d'intégrer les IDÉ dans le champ d'application du droit communautaire plusieurs avant nous¹² avaient suggéré d'y procéder par le biais d'un Acte uniforme conformément au Traité¹³. Cette proposition est logique même s'il est toujours possible d'envisager des mécanismes plus souples relevant de la « soft Law » pour opérer cette intégration. On l'aura compris, l'objectif de cette étude ne sera pas de déterminer l'instrument le mieux adapté pour intégrer l'IDÉ dans le champ d'application du droit communautaire des affaires. Il s'agira plutôt de réfléchir à la pertinence d'une telle incorporation.

Disons-le plus explicitement, il nous apparaît très clairement que l'omission d'un chapitre sur l'IDÉ dans le cadre du droit communautaire des affaires constitue un manquement aux objectifs définis dans le Traité OHADA (1). Une relecture du texte constitutif de l'OHADA permet de conclure que l'IDÉ fait partie

¹¹ Bien que très usité dans le cadre du droit OHADA, il est difficile de considérer le droit OHADA comme étant un droit communautaire. Emprunté au droit européen, le droit OHADA n'en a pas les caractéristiques. Toutefois, par commodité, nous emploierons l'expression dans le cadre de ce papier.

¹² Voir notamment, Séverine MENETREY, « La place de l'investissement dans l'OHADA. Point de vue européen. », dans Eric BALATE et Séverine MENETREY (dir.), *Questions de droit économique : les défis des États africains : actes des colloques de Bruxelles et Yaoundé*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 373-393

¹³ Traité OHADA, préc., note 4, art. 5 : « Les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article premier du présent Traité sont qualifiés « Actes uniformes » [...] »

des objectifs primordiaux du Traité sans compter que la prise en compte de l'évolution des relations économiques internationales exige une telle incorporation. Le champ d'expression de l'OHADA demeurant le secteur économique, il est possible d'imaginer des mécanismes d'incorporation de l'IDÉ qui tiennent compte des dynamiques internationales actuelles en matière de droit économique (2). En ce sens, les exemples des développements post-Lisbonne¹⁴ en Europe et plus récemment celui de l'Accord économique et commercial global (AECG)¹⁵ visant à instituer une zone de libre-échange entre le Canada et l'Union européenne peuvent servir de source d'inspiration.

1. L'omission de l'IDÉ dans la délimitation du champ matériel du droit communautaire des affaires : acte manqué ou choix délibéré?

La mise à l'écart d'un Acte uniforme sur l'IDÉ dans le cadre du droit OHADA est pour le moins intrigante. Peu importe la méthode d'interprétation utilisée, il sera difficile d'en arriver à la conclusion que l'IDÉ ne fait pas partie du champ d'application de l'OHADA. Ce n'est donc pas un hasard si une doctrine majoritaire en arrive à la même interprétation.

¹⁴ « Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne » (2007/C 306/01), *Journal officiel de l'Union européenne*, 17 décembre 2007, en ligne : [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=FR.\(consulté le 10 mai 2017\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=FR.(consulté le 10 mai 2017))

¹⁵ AFFAIRES MONDIALES CANADA, « Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) », en ligne : [http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra \(consulté le 09 mai 2017\).](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra (consulté le 09 mai 2017).)

1.1 Délimitation basée sur l'interprétation du Traité OHADA

En termes d'interprétation des règles en droit international public, la doctrine s'est longtemps appuyée, en se cantonnant chacune dans sa position, sur trois méthodes pour dégager le sens réel à donner aux dispositions contenues dans les traités internationaux. La première approche est la méthode dite *textuelle*. Celle-ci s'attache à dégager le sens précis des mots utilisés dans le traité. Ensuite, il y a la méthode *subjectiviste*. Elle s'appuie notamment sur les travaux préparatoires pour tenter de déterminer la volonté des parties. Enfin, la méthode *téléologique* analyse le traité en s'intéressant à son but et à son objet. En tout état de cause, l'interprétation doit être faite de *bonne foi* dans le respect de la souveraineté des États et du principe *pacta sunt servanda*¹⁶. L'interprétation du traité doit permettre de dégager la volonté exprimée par les États lors de leur engagement dans la relation conventionnelle.

En pratique, il est apparu très rapidement qu'aucune de ces méthodes ne permettait de manière isolée, une interprétation adéquate du traité. Aucune méthode ne pouvant se suffire à elle-même, la *Commission du droit international* à travers les articles 31¹⁷ et 32¹⁸ de la

Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après, *Convention de Vienne*)¹⁹ a dégagé une méthode hybride que certains ont à juste titre qualifiée d'« électrique à dominante textuelle. »²⁰ La lecture conjointe des articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne* permet de conclure que l'interprétation du traité doit permettre de déterminer le sens clair des mots (méthode textuelle) à partir d'une analyse menée en fonction de l'objet et du but du traité (méthode téléologique) tout

but. 2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus : a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité; 6) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité. 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions; b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité; c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. 4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties. ».

¹⁶ *Convention de Vienne*, art. 32 : « Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 : a) Laisse le sens ambigu ou obscur; ou b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable ». ¹⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités* (avec annexes), Vienne, 23 mai 1969, Recueil des Traités des Nations-Unies, vol. 1155, I-18232. p. 354.

²⁰ Rémi BACHAND, « L'interprétation du droit international : une analyse par les contraintes », *Société européenne de droit international*, Paris, 19 mai 2006, en ligne : <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Bachand.pdf>, (consulté le 10 mai 2017).

¹⁶ Ces principes ont été utilisés pour interpréter divers instruments juridiques internationaux. Voir par exemples à l'OMC, Organe d'appel, *États-Unis – prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, (1998), OMC Doc. WT/DS 58/AB/R, 12 octobre 1998, para. 158; Organe d'appel, *États-Unis – mesures de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande et d'Australie*, (2001), OMC, 1^{er} mai 2001, par. 115.

¹⁷ *Convention de Vienne*, art. 31 : « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son

en laissant la possibilité à l'interprète ou au juge de recourir à d'autres outils tels que les travaux préparatoires (méthode subjective) pour identifier la volonté des parties si nécessaire.

Dans le préambule du Traité OHADA tel que formulé dans sa version initiale en 1993²¹, les Hautes parties contractantes y déclaraient ceci : « conscients qu'il est essentiel que ce droit soit appliqué avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement [...] ».

À la lecture de cette disposition et conformément aux règles d'interprétation prévues aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, il est clair que la volonté exprimée par les États parties au Traité OHADA consiste à assurer la sécurité juridique des activités économiques dans le but d'encourager les IDÉ. Autrement dit, l'objectif visé par le droit OHADA, ou tout au moins, l'un de ses objectifs, c'est d'encourager l'essor de l'investissement direct étranger. Et pour y parvenir, les Hautes parties contractantes préconisent de créer les conditions de sécurité juridique. Ainsi, si l'essor de l'IDÉ constitue l'objectif à atteindre, celui-ci ne sera possible qu'à la condition que la sécurité juridique des activités économiques soit assurée. Il n'y a donc point besoin ici de recourir à quelque autre méthode que ce soit pour retrouver le plus explicitement possible la volonté des États parties au Traité de Port-Louis clairement exprimée.

²¹ Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, adopté le 17/10/1993 à Port-Louis (*Île Maurice*), publié dans le *Journal Officiel* n°4 du 01/11/1997, en ligne : <http://www.ohada.com/traite/10/traite-relatif-a-l-harmonisation-en-afrique-du-droit-des-affaires.html> (consulté le 4 décembre 2015).

C'est d'ailleurs à cette même conclusion que parvient une doctrine majoritaire appelée à se prononcer sur les objectifs du processus d'harmonisation du droit des affaires enclenché à Port-Louis en 1993.

Selon Keba Mbaye, l'un des pères fondateurs du Traité OHADA, l'OHADA a été mise en place avant tout pour favoriser l'IDÉ dans les pays signataires. Il affirmait ainsi que « le besoin s'est fait sentir, devant le ralentissement des investissements, d'essayer de reconstruire l'édifice juridique de l'ensemble des pays de la zone franc afin de redonner confiance aux opérateurs économiques. »²² Cette lecture de la mission du Traité OHADA, à savoir, créer les conditions de l'essor de l'IDÉ, est partagée par Aziber Seïd Algadi qui affirme par ailleurs que « l'enjeu majeur pour l'OHADA était d'élaborer un mécanisme juridique approprié qui puisse pallier les défaillances des opérateurs économiques et attirer les investisseurs. »²³.

On pourrait toutefois être tenté de considérer que l'attractivité de l'IDÉ est davantage une conséquence qui devrait découler de la sécurité juridique et judiciaire visée par le Traité. Autrement dit, l'objectif du Traité OHADA ne serait pas tant d'attirer l'investisseur étranger, mais de créer les conditions qui favoriseraient entre autres, cette attractivité. En ce sens, l'affirmation du juge Onana Étoundi qui considère que : « le Traité institutif signé à Port-Louis [...] »

²² Kéba MBAYE, « Avant-propos du numéro spécial OHADA », (mai-août 1998) 827 Penant 125.

²³ Aziber Seïd ALGADI, « L'attractivité contractuelle du droit des procédures collectives de l'espace OHADA », *Droit et Expertise*, 3 octobre 2012, en ligne : <http://www.ohada.com/content/newsletters/1705/Article-Aziber-Seid-Algadi-Procedures-collectives.pdf>, (consulté le 4 décembre 2015).

a pour principal objectif de remédier à l'insécurité juridique et judiciaire [ainsi] décriée par les investisseurs dans les États parties »²⁴ semble considérer beaucoup plus que l'attractivité de l'IDÉ. Le principal objectif du Traité OHADA étant la sécurité juridique et judiciaire.

Mais si l'on retourne à nos méthodes d'interprétation ainsi qu'au texte du préambule du Traité OHADA, l'équivoque est vite levée. Davantage un objectif parmi d'autres, la question de l'attractivité des investisseurs constitue la raison d'être du droit OHADA. Il y est textuellement inscrit que le droit OHADA a été mis en place pour répondre à l'insécurité juridique et judiciaire qui entourait le climat d'investissement sur le continent (méthode textuelle), ce qui traduit assez clairement la volonté des parties qui ont négocié et ratifié le Traité en toute bonne foi (méthode subjective). Enfin, si l'objectif principal n'était pas d'accroître l'IDÉ dans les pays signataires du Traité, il n'en demeure pas moins que ce fut le but visé puisque les parties ont considéré que la sécurité juridique à créer devrait avoir pour conséquence l'essor de l'IDÉ (méthode téléologique).

Puisque le droit OHADA est un droit des affaires, il n'est pas superflu de pousser la réflexion encore plus loin et de se demander si un cadre juridique de l'IDÉ trouve bel et bien sa place dans un tel contexte.

1.2 Le concept d'IDÉ dans le droit moderne des affaires : vers un droit économique

Si l'on doute de la place de l'IDÉ dans le droit OHADA, c'est peut-être aussi parce

que le Traité OHADA institue un processus d'intégration qui vise en particulier le droit des affaires. Dans une approche plutôt conservatrice, on a longtemps retenu du droit des affaires une définition assez restrictive qui tend à cantonner le domaine des affaires à celui des marchands ou tout au plus, à celui de l'entreprise ainsi qu'à ses activités classiques. La réalité, c'est que le domaine des affaires est un domaine en perpétuelle transformation.

Aux termes de l'article 2 du *Traité OHADA*, le champ d'application du droit des affaires est quasi illimité. Non seulement le droit des affaires, c'est le droit applicable à des matières explicitement énumérées dans le Traité tels que le statut juridique des commerçants, le recouvrement des créances, les sûretés et les voies d'exécution, le redressement des entreprises, la liquidation judiciaire, l'arbitrage, le travail, la comptabilité, la vente et les transports, mais c'est aussi le droit applicable à toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait à l'unanimité d'y inclure.

Le choix du législateur OHADA est double. D'une part, il choisit une approche énumérative, en indiquant très explicitement les matières concernées par le droit OHADA. D'autre part, il se laisse une certaine marge de manœuvre qui lui permettra, lorsque le besoin se fera sentir, d'intégrer des matières qui lui paraîtront opportunes.

Selon l'approche énumérative, on note très clairement l'absence de l'IDÉ. De notre point de vue, cette omission volontaire s'explique davantage par la volonté à l'époque de l'adoption du Traité OHADA de faire face à une urgence, celle de procéder en priorité à un toilettage du cadre juridique des affaires hérité de la colonisation lequel était en déphasage avec les réalités africaines. On serait

²⁴ Félix ONANA ÉTOUDI, « La sécurité judiciaire de l'investissement en Afrique : À propos du rôle joué par la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA », (2007) 53 *Actualités Juridiques* 3.

même tenté de dire que cette obsession des pères fondateurs de se doter d'un cadre juridique adapté aux réalités locales ²⁵ justifie l'adoption d'une conception extensive du droit des affaires dans le contexte africain. Il fallait ainsi laisser une marge de manœuvre nécessaire aux décideurs pour adapter le droit africain des affaires aux évolutions du monde économique. De plus, la conception extensive m'apparaît la plus appropriée, non pas simplement parce que l'article 2 du Traité permet aux États d'inclure dans son champ d'application toute matière qu'ils jugeraient appropriée, mais surtout parce que l'IDÉ est consubstantiel aux relations économiques internationales.

Dans un monde en perpétuelle évolution, marqué par l'économie de marché et la libre circulation des marchandises, des

²⁵ On pourra toujours discuter de cette coïncidence entre le droit OHADA et les réalités locales. Que dire de l'importance du secteur informel dans les pays membres de l'OHADA? Comment expliquer que tout ce beau monde qui opère sur les marchés africains, les entrepreneurs et autres acteurs de la vie économique résistent à l'idée d'intégrer leurs activités dans un cadre juridique plus formel? Les raisons de cette indifférence des acteurs économiques locaux vis-à-vis du droit OHADA ne résident-elles pas dans les sources d'inspiration de ce droit? Comme l'affirme Gérard Blanc, « l'OHADA est ainsi la réponse de l'Afrique francophone en particulier au ralentissement des investissements extérieurs dans les pays de cette zone. Autant dire que cet appareil normatif est surtout destiné à satisfaire les besoins des investisseurs étrangers en même temps qu'il est présenté comme un outil de lutte contre la pauvreté. On doit d'autant moins s'étonner de ce caractère quand on sait que les rédacteurs des Actes uniformes ont eu recours, à titre de conseil pour ne pas dire davantage, à de grands cabinets d'avocats d'affaires internationaux », Voir, Gérard BLANC, « L'OHADA : Esquisse d'un bilan d'étape », dans Jean-Louis MOURALIS, *Droit civil, civilité des droits, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Louis Mouralis*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011.

services et des facteurs de productions, il est improbable que le droit OHADA ne s'adresse qu'aux seuls ressortissants de ses pays membres. Les commerçants, entrepreneurs et autres acteurs de la vie économique circulent librement et décident librement des lieux d'implantation de leurs activités. En ce sens, le commerçant ou l'entrepreneur assujéti au droit OHADA n'en est pas forcément un ressortissant. Ce n'est donc pas un hasard si l'*Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général* ne réfère nullement au critère de nationalité pour définir sa compétence *ratione materiae*. Selon son article 1^{er}, il est applicable à : « tout commerçant, personne physique ou morale y compris toutes sociétés commerciales dans lesquelles un État ou toute autre personne de droit public est associé, ainsi que tout groupement d'intérêt économique, dont l'établissement ou le siège social est situé sur le territoire de l'un des États Parties au Traité relatif à l'harmonisation du Droit des Affaires, [...] »²⁶

En d'autres termes, une entreprise étrangère dont le siège social est situé sur le territoire de l'un des États parties au Traité, pourra avoir le statut de commerçant au sens du Traité. De la même manière que sera désignée comme commerçante, toute personne, peu importe sa nationalité ²⁷ qui fait de l'accomplissement des actes de commerce par nature sa profession²⁸. Quant à l'acte de commerce, il peut résider dans une panoplie d'actions prenant la forme d'achat de biens meubles ou immeubles,

²⁶ *Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général*, adopté le 15 déc. 2010, Lomé (Togo), *Journal officiel*, 15 février 2011, n° 23.

²⁷ *Ibid.* chap. 2.

²⁸ *Ibid.* art. 2.

d'opérations de locations de meubles ou d'exploitation industrielle de mines²⁹.

Ce qui semble ici intéresser au premier chef le droit OHADA, ce sont les activités de l'entreprise, plus exactement, ses opérations en tant que commerçant. Mais comment dissocier l'activité du commerçant, qu'il soit national ou étranger de la sécurité juridique?

Tant dans ses relations commerciales dans les ordres juridiques internes qu'internationaux, le concept de sécurité juridique est omniprésent pour l'entreprise. Il n'y a pas d'activités commerciales ou économiques viables et prospères sans un système de droit et de justice crédible et fiable. L'activité commerciale est une activité risquée. Les risques encourus par le commerçant peuvent être de nature économique ou commerciale et même politique. Or, dans un contexte d'internationalisation des activités économiques et commerciales, la gestion du risque juridique s'avère plus fondamentale. Comme l'affirmait Loquin : « si le droit n'est pas une assurance contre les risques, il doit pourtant y répondre en termes de prévisibilité, de cohérence et de stabilité. Les législations étatiques sont mal outillées pour satisfaire ces finalités ».³⁰

La sécurité juridique postulée dans le cadre de l'OHADA s'appuyant sur cette même exigence de prévisibilité, de cohérence et de stabilité ne peut donc cantonner l'activité commerciale dans la seule mission d'échange de biens et services et ignorer la libre circulation des capitaux et les risques qui y sont associés. Il n'y a pas d'activités commerciales prospères sans liberté de circulation des

²⁹ *Ibid.* art. 3.

³⁰ Éric LOQUIN, « Sécurité juridique et relations commerciales internationales », dans Laurence BOY *et al.*, *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2008, à la p. 468.

capitaux. De plus, les liens entre le commerce international et l'investissement direct étranger ont depuis longtemps été reconnus par les États à l'échelle internationale.

En effet, l'IDÉ, c'est avant tout une affaire de circulation de capitaux. Selon une doctrine majoritaire, l'IDÉ se définit par la réunion de trois critères : l'apport, la durée et le risque. Ainsi, l'investisseur étranger qui s'établit durablement sur un territoire donné en y investissant des capitaux tout en acceptant d'en supporter les risques mène une opération pouvant être qualifiée d'IDÉ. Depuis la sentence *Salini*³¹, on y a ajouté un critère supplémentaire qui est celui de contribution au développement économique. Dès lors, « l'investissement suppose des apports, une certaine durée d'exécution du marché [et] une participation aux risques de l'opération [ainsi qu'une] contribution au développement de l'État d'accueil de l'investissement. »³² Précisons toutefois que le critère de contribution au développement est approuvé par les uns et contesté par les autres³³.

Cette définition de l'IDÉ n'est pas très éloignée des pratiques observables en droit des sociétés où il est fait référence au concept d'*investissement sociétaire*, celui-ci désignant à la fois, les investissements faits dans une société et

³¹ *Salini Costruttori Spa et Italstrade Spa c. Royaume du Maroc*, [2001], affaire n° ARB/00/4

³² *Ibid.*

³³ À titre d'exemple, l'affaire *LESI Spa et Astaldi Spa c. République démocratique et populaire d'Algérie*, affaire n° ARB/05/3, 12 juillet 2006 ne retient que les trois critères alors que l'affaire, *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo*, affaire n° ARB/59/07, décision d'annulation, 1^{er} novembre 2006, considère que le critère de contribution au développement économique est fondamental.

ceux soumis au droit des sociétés³⁴. Les participations et les fonds de placement dans les sociétés non cotées, les apports dans les sociétés de capital-investissement ou les opérations menées dans le capital d'une société résidente par une société de droit étranger entreraient dans cette catégorie. Là où le sujet devient intéressant, c'est lorsqu'on se penche sur les critères de définition de cette notion d'investissement sociétaire. Selon Darmon, le concept d'investissement sociétaire se caractériserait par trois éléments : un transfert de valeurs de l'investisseur dans le patrimoine de la société bénéficiaire (la valeur peut être économique et marchande à l'exclusion de droits patrimoniaux); une recherche de profit à court, moyen ou long terme par une valorisation des actifs transférés; l'acceptation d'une prise de risque³⁵. Dans cette perspective, comment ignorer le rapprochement évident entre le droit des sociétés, les activités commerciales et les investissements?

Ce qui est certain, c'est que les liens entre les activités commerciales, notamment lorsque celles-ci s'inscrivent dans un cadre transnational, ont été depuis longtemps reconnus en droit international économique. Déjà sous le GATT de 1947, les parties Contractantes avaient reconnu ce lien et un Groupe spécial appelé à se prononcer sur certaines mesures adoptées par le Canada dans le cadre de sa législation en matière d'IDÉ avait jugé certaines mesures canadiennes incompatibles avec le traitement

national³⁶. À l'OMC, les accords de Marrakech avaient également tenté ce rapprochement considérant que les actes unilatéraux des États en matière d'admission des investisseurs étrangers pourraient porter atteinte à la liberté du commerce international. C'est dans cet esprit qu'il a été adopté à l'OMC, l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC)³⁷ qui reconnaît la possibilité que certaines mesures concernant les investissements puissent avoir des effets de distorsion des échanges. Nombre de mesures visées dans cet accord concernent les entreprises. Par exemple, l'Accord MIC interdit aux États de conditionner l'admission d'investisseurs étrangers sur leur territoire à l'achat ou à l'utilisation par les entreprises qui y opèrent d'un certain volume ou d'une certaine valeur de produits d'origine locale.

Cette reconnaissance ou plus exactement, cette consécration par le droit international économique de liens étroits entre le commerce et les IDÉ traduit aussi une approche contemporaine des affaires qui semble intégrer toutes les dimensions de l'activité économique et commerciale. C'est l'idée qu'exprimait Loquin lorsqu'il écrit qu'« une approche économique du droit oblige à revendiquer la méthode des règles matérielles internationales »³⁸. Pour lui, « le marché globalisé implique en effet une dilution des espaces nationaux et

³⁴ Gilles DARMON, « Le concept d'investissement : Détermination et incidence en droit des sociétés », dans Hervé CAUSSE et Marcel SINKONDO (dir.), *Le concept d'investissement, Regards croisés des droits interne, international et communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2011, à la p. 88.

³⁵ *Ibid.*, à la p. 92.

³⁶ GROUPE SPECIAL, *Canada-Administration de la loi sur l'examen de l'investissement étranger*, 7 février 1984.

³⁷ OMC, « Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce », en ligne : https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/18-trims.pdf (consulté le 10 mai 2017)

³⁸ Éric LOQUIN, « Règles matérielles du commerce international et droit économique », (2010) 1 *Revue internationale de droit économique* (t. XXIV, 1) 81-101.

la recherche de règles juridiques uniformes. Un marché global ne peut se satisfaire de la division de ce marché en espaces juridiques cloisonnés. La création de règles matérielles uniformes répond aux besoins de la globalisation de l'économie»³⁹.

Ramenée à l'échelle du droit OHADA, la démarche consistant à uniformiser les règles applicables en matière de commerce est appropriée. Encore faut-il élargir le champ d'application de ce droit pour être en mesure d'approcher l'objet de la régulation dans toutes ses dimensions, commerciales et économiques. Il apparaît ainsi que l'intégration, qu'elle soit juridique ou économique ne peut dans une logique d'uniformisation ignorer cette approche intégrative.

Au demeurant, la prise en compte d'une prise réelle avec la réalité dans le processus d'intégration s'inscrit dans une forme de modernisation du droit des affaires.

2. L'incorporation de l'IDÉ dans le droit communautaire: une forme de modernisation du droit OHADA des affaires

L'idée de reconsidérer le concept même de droit des affaires s'inscrit avant tout dans une démarche de modernisation de ce droit qui doit prendre en compte les liens évidents entre le commerce et l'investissement. C'est une tendance observable à l'échelle mondiale où on assiste à un éclatement généralisé des modèles classiques d'intégration. Ceci s'explique en grande partie par la complexité des enjeux mondiaux auxquels les États doivent désormais faire face.

2.1 Les accords d'intégration économique modernes comme piste de réflexion : l'inspiration transatlantique

Pendant longtemps, la régulation des activités commerciales à l'échelle mondiale en dehors du cadre multilatéral s'est faite selon des modèles bien établis. En effet, le processus d'intégration économique a été mené selon le modèle inspiré par les travaux de Bela Balasa⁴⁰ qui définit l'intégration économique selon le degré d'unification des législations nationales en vue d'atteindre des objectifs communs dans des domaines variés. Les accords d'intégration économique pouvaient ainsi se décliner selon le degré de libéralisation des échanges commerciaux en zone de libre-échange, en union douanière, sous la forme d'un marché commun ou en union économique et monétaire. C'est ainsi que depuis la fin des années 1950, il s'est constitué une variété de zones d'intégration économique.

Dès la fin des années 1950, s'est d'abord constituée la Communauté économique européenne (CEE) sous la forme d'une union douanière en vertu du *Traité de Rome de 1957*. En plus de libéraliser le commerce des biens et services, le Traité prévoyait la mise en place de tarifs extérieurs communs.

Plusieurs accords d'intégration économique verront ensuite le jour durant les décennies subséquentes : l'Association européenne de libre-échange en 1960, l'Association latino-américaine de libre-échange (1960), le marché commun centraméricain (1960), l'Accord canado-américain sur les produits automobiles (1965), la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (1975), l'Accord de libre-échange

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Bela BALASA, *The Theory of Economic Integration*, London, George Allen & Unwin, Ltd, 1962.

entre le Canada et les États-Unis (1989), le marché commun du Sud (1991) et l'Union économique et monétaire ouest africain (1994), pour ne citer que ceux-là.

Sur tous les continents, on a assisté à des dynamiques variées d'intégration économique. Ces modèles de régulation des activités économiques pouvaient se déployer soit, sur des critères géographiques à partir d'un processus d'élargissement à des membres nouveaux, soit par un processus d'élimination progressive des barrières au commerce pour une intégration plus poussée des économies impliquées. C'est ainsi que l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis s'est élargi au Mexique pour former l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) en 1994 tout comme la CEE a poursuivi son processus d'intégration pour devenir l'Union européenne tel que connue aujourd'hui.

Depuis plusieurs années, la recomposition des intégrations régionales est totale puisque les mécanismes classiques d'intégration ont complètement volé en éclats. Le critère géographique ne tient plus toujours et les contenus normatifs de ces accords débordent largement le champ d'application de l'OMC et les canevas établis à l'article XXIV du GATT⁴¹. Les accords régionaux subissent de véritables recompositions tant spatiales que normatives. Une reconfiguration que certains associent à une série de facteurs contextuels - la crise du multilatéralisme

⁴¹ Pour plus de précision sur les évolutions des accords d'intégration économique modernes, voir, Hervé Agbodjan PRINCE, « Le droit matériel des investissements dans l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) : un modèle transposable pour une *lex mediterranea* des investissements? » dans Filali OSMAN, *Vers une lex mediterranea des investissements*, 1^{ère} édition, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 189.

commercial et la mondialisation de l'économie⁴². Ainsi, le néo-régionalisme mondial observé depuis les années 1980-1990 serait la résultante de comportements étatiques qui s'inscrivent dans une typologie bien particulière.

Franck Petiteville ⁴³ identifie quatre modèles de comportements étatiques qui expliqueraient les stratégies des États derrière la recomposition des accords régionaux. Le premier est décrit comme un « modèle d'opportunité stratégique ». Ici, l'intégration est conçue, « non comme le moyen de rapprochement régional, mais comme l'instrument d'une plus grande maîtrise stratégique sur son environnement ». Le deuxième est une « intégration réactive ». L'intégration régionale est ainsi constituée en réaction à un environnement jugé politiquement ou économiquement menaçant. Le troisième serait le fait d'un suivisme, les États se laissant entraîner dans un processus d'intégration régionale sans en avoir l'initiative décisionnelle et sans aucune maîtrise de son évolution. Enfin un quatrième comportement est celui décrit comme « le modèle de l'intégration endogène ». Dans cette dernière situation, l'intégration régionale est davantage le « fruit d'un projet politique collectif et autonome, réparable dans le temps, et non soumis à une pression extérieure déterminante ».

Sans se risquer à définir les motivations qui sous-tendent l'OHADA, il est observable qu'un projet d'intégration, quel qu'il soit, qu'il s'agisse d'une intégration juridique ou d'une intégration économique doit s'inscrire dans une démarche bien réfléchie. Ce n'est donc pas

⁴² Franck PETITEVILLE, « Les processus d'intégration régionale, vecteurs de recomposition du système international ? » (1997) 28- 3 *Études internationales* 511-533.

⁴³ *Ibid.*

un hasard si en Europe, on note une prolifération d'accords mixtes⁴⁴ et qu'à l'échelle internationale, on assiste, suite à l'échec du cadre multilatéral, à la prolifération d'accords économiques aux ambitions particulièrement débordantes. Dans tous les cas, si l'on devait s'attarder à déterminer la compatibilité des accords modernes d'intégration économique avec les règles de l'OMC, il y en aurait beaucoup à dire. Ce qui est certain, c'est que les accords d'intégration économique de dernière génération ne s'inscrivent ni dans la logique de délimitation régionale initiale ni dans la production d'un cadre juridique essentiellement axé sur la libéralisation du commerce des marchandises et des services. On parle davantage d'accord économique et commercial global. Les exemples sont nombreux : le *Partenariat Trans pacifique* (PTP)⁴⁵ signé en 2015 entre douze pays d'Asie, d'Amérique et du Pacifique couvre tous les secteurs de l'économie y compris le travail, les télécommunications, les services financiers, les marchés publics et l'IDÉ; le *Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement* (PTCI) en cours de négociation entre l'Union européenne et les États-Unis est conçu pour être un accord global incluant

⁴⁴ « Les Accords mixtes sont des accords internationaux conclus entre l'Union européenne et des pays tiers et pour lesquels la ratification requiert l'assentiment des États membres de l'Union européenne. Ce type d'accords relève de la compétence partagée entre l'UE et ses États membres. » Voir à ce propos, Eleftheria NEFRAM, *Les accords mixtes de la Communauté européenne : aspects communautaires et internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

⁴⁵ AFFAIRES MONDIALES CANADA, « Partenariat Trans pacifique (PTP) », en ligne : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> (consulté le 09 mai 2017).

l'investissement étranger; enfin, l'*Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne* (AECG) signé en 2014 allie tout à la fois les aspects de commerce et d'investissement et s'étend d'un continent à l'autre.

L'AECG couvre un très large spectre d'aspects de commerce et d'investissement. En dehors des secteurs classiques des accords régionaux, l'AECG couvre les télécommunications, l'admission temporaire des hommes et femmes d'affaires, la reconnaissance des qualifications professionnelles, le commerce électronique, la concurrence, les marchés publics et bien entendu les investissements étrangers. L'AECG ne répond ni au critère géographique ou régional ni au simple critère de libéralisation des flux commerciaux. Il déborde ces aspects et propose un droit matériel adapté aux intérêts, aux enjeux et aux défis de ses États membres. De la même manière, l'AECG, à travers son système de règlement des différends, prévoit des mécanismes originaux en matière d'IDÉ qui tiennent compte des protestations populaires à l'encontre de l'arbitrage investisseur - États⁴⁶.

En réalité, peu importe le cadre de coopération postulée, surtout lorsque celle-ci intervient dans un contexte de mondialisation et d'interconnexion des économies, elle ne peut se concevoir dans une simple logique de rapprochements géographiques. Ni plus ni moins que l'intégration économique, l'intégration juridique ne peut se concevoir en isolement clinique ignorant ou feignant

⁴⁶ Hervé Agbodjan PRINCE, « La contribution de l'Accord économique et commercial global au débat sur la contestation de l'arbitrage investisseur États » (2015) 20:2 *Lex Electronica* 1, en ligne : <http://www.lex-electronica.org/s/1409> (consulté le 09 mai 2017).

d'ignorer les interrelations évidentes entre l'activité commerciale et les autres activités économiques.

L'OHADA doit assumer sa mission de créer les conditions de sécurité juridique et judiciaire des affaires en s'attelant à réguler l'ensemble de l'activité économique. L'OHADA doit devenir l'instrument de régulation à l'échelle régionale des activités économiques. C'est une question de pragmatisme, c'est surtout une question de survie dans un monde en proie à des courants adverses, lesquels ne peuvent être affrontés que de manière groupée et coordonnée comme le font la plupart des pays développés. En ignorant la question de l'IDÉ et bien d'autres secteurs de l'économie au prétexte qu'ils ne relèvent pas du droit des affaires, l'OHADA se prive de leviers essentiels en termes d'assainissement de son environnement juridique.

Le régime juridique de l'investissement étranger dans les pays membres de l'OHADA est très éclaté. Il est régi par des organismes régionaux (UEMOA, CEDEAO) qui produisent des normes souvent inopérantes⁴⁷ et largement méconnues des acteurs économiques. Mais il est aussi régi par les traités bilatéraux d'investissement (TBI) que chacun des États signe avec ses partenaires étrangers. Il y a enfin les régimes juridiques

⁴⁷ Les études sur les organisations régionales africaines démontrent qu'elles sont inefficaces en matière d'IDÉ. Cette inefficacité des organisations régionales africaines à favoriser les IDÉ est liée à plusieurs facteurs : Le non-acquittement des cotisations par les États, l'inapplication des programmes, les contradictions, l'absence d'harmonisation des politiques, le traitement inadéquat des questions d'investissement. Voir, CONFERENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DEVELOPPEMENT, *Intégration régionale et investissement étranger direct dans les pays en développement et les pays en transition*, 1^{ère} session, Genève, 28-30 janvier 2013.

nationaux qui se déploient dans un amas inextricable de mesures législatives et réglementaires : les codes nationaux des investissements, les codes nationaux des hydrocarbures, les codes douaniers nationaux, les codes miniers nationaux, les codes nationaux des télécommunications, les régimes fiscaux nationaux, les codes nationaux des marchés publics... Cette accumulation de normes disparates cumulée aux risques d'interprétations divergentes des tribunaux nationaux sont autant de facteurs d'insécurité juridique. Cette fragmentation à la fois interne et régionale est préjudiciable à l'attractivité du continent. Elle est surtout source de fragilisation de la position des États membres de l'OHADA dans un contexte d'asymétrie des pouvoirs.

Les échanges économiques, c'est aussi une affaire de rapport de forces entre des acteurs aux puissances économiques considérables et des États fragiles aux plans administratif, institutionnel, juridique, économique et bien souvent, en termes de ressources humaines. Ce rapport de force inégal entre les entreprises multinationales et les États d'accueil de l'investissement n'est pas un mythe. Il n'est pas non plus propre à des États en développement comme ceux des pays membres de l'OHADA. L'Union européenne, bien qu'étant la première puissance économique mondiale, l'a bien compris.

Depuis le Traité de Lisbonne⁴⁸, l'UE a révisé sa Politique commerciale commune

⁴⁸ Versions consolidées du « Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », *Journal officiel* n° C 326 du 26 octobre 2012 p. 0001-0390 en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=FR> (consulté le 09 mai 2017).

(PCC) pour en intégrer l'investissement direct étranger afin de mieux outiller son système juridique et judiciaire à faire face aux enjeux du commerce et de la mondialisation.

2.2 La réforme de la politique commerciale commune comme source d'inspiration pour une réforme de l'OHADA en matière d'IDÉ?

Si le Traité de Rome de 1957⁴⁹ avait initié un processus d'intégration économique selon le modèle classique des accords régionaux, il est évident que près de 60 ans plus tard, le processus a profondément été réinventé. D'une union douanière⁵⁰ classique, nous en sommes à une sorte de confédéralisme qui ne dit pas son nom. L'harmonisation des politiques commerciales qu'appelle l'union douanière s'est depuis transformée en un processus continu d'unification des politiques publiques nationales. Conséquemment, la Communauté européenne s'est inscrite dans une dynamique de libéralisation économique qui implique une intégration économique

forte. De l'union douanière, on est passé au marché commun qui ajoute à la libre circulation des marchandises propre à l'intégration économique, la libre circulation des personnes, la liberté de circulation des services ainsi que celle des capitaux. Le grand marché intérieur complété grâce à l'entrée en vigueur en 1987 de l'Acte unique européen⁵¹ ne cesse de se muer en union politique. La dynamisation des mouvements de convergence entre les ordres juridiques nationaux débouche sur la mise en œuvre de politiques communautaires⁵². L'Union européenne tente en permanence de produire un cadre normatif qui réponde à la fois à ses intérêts stratégiques, politiques, commerciaux, sociaux et économiques. En ce sens, l'UE est un modèle d'intégration atypique qui inscrit son action dans une approche dynamique. Non seulement l'Union européenne s'attache à renforcer sa coopération économique interne, mais elle se donne également les moyens juridiques de coordonner ses actions en matières économiques et commerciales avec les pays tiers. C'est ainsi que la politique commerciale commune (PCC) de l'Union européenne est devenue la clé de voûte des relations économiques extérieures de l'Europe.

⁴⁹ Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 25 mars 1957), en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=FR>. (consulté le 10 mai 2017)

⁵⁰ « Aux termes de l'article XXIV, paragraphe 8 a) du GATT de 1947, « on entend par union douanière la substitution d'un seul territoire douanier à deux ou plusieurs territoires douaniers, lorsque cette substitution a pour conséquence i) que les droits de douane et les autres réglementations commerciales restrictives[...] sont éliminés pour l'essentiel des échanges commerciaux[...] ii) et que, [...] les droits de douane et les autres réglementations appliqués par chacun des membres de l'union au commerce avec les territoires qui ne sont pas compris dans celle-ci sont identiques en substance ». Plus généralement sur les rapports entre OMC et Union européenne ». Voir. CJ, Avis 1/94, 15 novembre 1995, Rec. I, p. 5267.

⁵¹ *Conseil des Communautés européennes, Acte unique européen et Acte Final*, Bruxelles, 1986, en ligne : http://bookshop.europa.eu/fr/acte-unique-europ-en-et-acte-final-pbBY4686153/downloads/BY-46-86-153-FR-C/BY4686153FRC_001.pdf;pgid=y8dIS7GUWmDSROEAlMEUUsWb0000qDEoxxgd;sid=C4J9cd3KGwd9c4yeiyTj1r_vDFF7on8Jd9I=?FileName=BY4686153FRC_001.pdf&SKU=BY4686153FRC_PDF&CatalogueNumber=BY-46-86-153-FR-C. (consulté le 10 mai 2017)

⁵² Chahira BOUTAYEB, *Droit matériel de l'Union européenne, Liberté de mouvement, espace de concurrence et intérêt général*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 21.

L'ouverture des marchés postulée par l'Union est désormais incarnée par la PCC dont les objectifs étaient déjà définis aux ex-articles 131 à 133 du Traité CE⁵³. Aux termes de ces dispositions, la politique commerciale commune est fondée sur des principes⁵⁴ uniformes et est menée dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union.

Depuis l'adoption du Traité de Lisbonne⁵⁵, la sphère de compétence de la PCC est rationalisée et davantage clarifiée. Selon l'article 207 TFUE, la PCC relève de la compétence exclusive de l'Union européenne et fondée sur des principes uniformes. L'article 207 du TFUE, sans définir précisément la notion de politique commerciale commune, en établit toutefois le champ d'application. D'une part, il est entendu que la PCC incite à l'uniformisation des politiques européennes dans des domaines d'intervention de la PCC. D'autre part, il est précisé que les politiques uniformes visées concernent un vaste domaine des activités économiques dont notamment, les modifications tarifaires, la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux relatifs aux échanges de marchandises et de service, les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, les mesures de libéralisation, la politique d'exportation, les mesures de défense commerciale et les investissements étrangers. La référence à l'expression « notamment » dans le texte de l'article 207 du TFUE permet de croire que la PCC doit être entendue avant tout

comme un processus ou un mécanisme ayant un caractère évolutif⁵⁶.

En dépouillant les États membres de l'Union européenne de l'essentiel de leurs compétences en matière commerciale, le TFUE conférait ainsi à l'UE, l'exclusivité des compétences en matière de politique commerciale. C'est donc une compétence exclusive qui exclut toute autre intervention des États membres « dans l'ordre communautaire aussi bien que dans l'ordre international. »⁵⁷ Il appartient au Parlement européen et au Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, d'adopter les mesures nécessaires à la mise en œuvre de cette politique. De cette manière, seule l'Union européenne pourra légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans les matières relevant de la PCC.

L'originalité de ces changements résulte du fait que le traité de Lisbonne étend de manière explicite le droit matériel de la PCC aux investissements directs. Le cadre bilatéral dans lequel se déroulaient les négociations et la conclusion d'accords internationaux en matière d'investissement se déplace vers un cadre politiquement plus fort, économiquement plus robuste et juridiquement plus

⁵³ TFUE, art. 206 à 207.

⁵⁴ Selon, la CJCE, l'emploi du terme « principe » dans le langage du traité « est utilisé pour marquer le caractère fondamental de certaines dispositions. Voir, CJ, 8 avril 1976, affaire 43-75, *Defrenne c. Sabena*, Rec. I- 1976.

⁵⁵ *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, JO, n° C 83/47, 2010.

⁵⁶ CJ, avis 1/75 du 11 novembre 1975, Rec., p. 1355; CJCE, avis 1/78 du 4 octobre 1979, Rec., p. 2871; Eleftheria NEFRAMI, « La politique commerciale commune selon le traité de Nice », (2001) *CDE* 605 et suiv.; Paul DEMARET, « La politique commerciale : perspectives d'évolution et faiblesses présentes », dans Jürgen SCHWARZE, Henri G. SCHERMERS (ed.), *Structure and Dimensions of European Community Policy*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p. 71 et suiv.; Marc FALLON et Anne-Claire SIMON, « Le renouvellement des politiques de l'Union européenne dans le traité de Lisbonne », (2007-2008) 2 *RAE-LEA* 243 et suiv.

⁵⁷ CJ, 11 nov. 1975, Arrangement OCDE, avis 1/75, Rec., p. 1364.

cohérent. Les États membres de l'Union n'auront plus à négocier et à conclure individuellement des TBI avec des États tiers. Un règlement européen se chargeant des modalités de la mise en œuvre de cette nouvelle compétence⁵⁸. L'UE inscrit sa politique en matière d'IDÉ dans une approche globale qui intègre toutes les étapes du cycle de vie des investissements : accès au marché (droit d'investir), l'établissement et le règlement des différends⁵⁹.

La démarche européenne nous apparaît très pragmatique. Elle s'inscrit dans une approche moderne des relations économiques internationales. Elle ne fait pas de distinction entre des matières relevant du droit des affaires et d'autres, qui relèveraient des relations économiques internationales. Elle affronte le monde économique tel qu'il est en s'appuyant sur tous les leviers (politique, économique, juridique) mis à sa disposition.

Pour l'OHADA, il s'agira également de s'inscrire dans cette même logique qui consiste à se donner les moyens d'agir de manière coordonnée, cohérente et globale pour être en mesure d'affronter de manière plus efficace les défis mondiaux de l'échange économique. C'est de cette manière que pourra émerger un droit des affaires centré sur l'entreprise au sens classique du terme, mais un droit économique communautaire moderne en phase avec les défis du XXI^e siècle. C'est

de cette manière que se réalisera la sécurité juridique et judiciaire postulée et que, réellement, se renforcera l'attractivité de l'espace OHADA.

Conclusion

Suivant le même itinéraire de refondation et de reconfiguration des accords d'intégration économique, les processus d'intégration juridique comme celui en cours dans le cadre de l'OHADA sont appelés à être réinventés pour se mettre au diapason des enjeux du XXI^e siècle. En la matière, il ne saurait avoir de vache sacrée. Les frontières entre les règles d'encadrement de l'activité commerciale et celles relatives aux activités d'investissement, disparaissent progressivement car elles ne s'adaptent plus aux réalités économiques contemporaines. Cela devrait en être ainsi pour l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires. Autrement, comment les pays membres de l'OHADA pourraient efficacement affronter toutes les formes d'asymétrie qui caractérisent le monde des affaires? Comment seraient-ils en mesure de résister aux pouvoirs conquérants des multinationales? Comment les États africains réunis au sein de l'OHADA pourraient-ils faire efficacement valoir leurs positions face à des investisseurs étrangers s'ils ne construisent pas collectivement un cadre juridique solide, qui puise ses fondements dans des valeurs locales, qui se construit collectivement et dont la mise en œuvre est assurée par des institutions créées par elle.

L'Afrique devra, si elle veut affronter de manière efficace les enjeux économiques du XXI^e siècle, se mettre au diapason des approches intégratives de la régulation des activités économiques. Cela passera certainement par une modernisation du droit OHADA, les espaces d'intégration

⁵⁸ « Règlement (UE) n° 1219/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 établissant des dispositions transitoires sur les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers », *Journal officiel de l'Union européenne*, L351/40, 2012.

⁵⁹ Pierre DIDIER, Michael HANN, Hervé A. PRINCE, Catherine SCHMITTER, Alexandre THILLIER, « Politique commerciale commune », dans *Commentaire J. Mégret*, 3^e édition, Bruxelles, Institut d'études européennes, 2014, à la p. 48.

économique régionaux présents sur le continent ayant tous montré leur inefficacité et les limites de leur opérationnalité.