

# Les accords de promotion et de protections des investissements conclus entre le Maroc et les pays de l'Afrique subsaharienne

Younés Zakkari\*

## Résumé

La coopération Sud-Sud est au cœur de la politique étrangère du Maroc. La présence des champions marocains en Afrique Subsaharienne est plus visible depuis plusieurs années. Dans cet objectif, le Maroc déploie des efforts considérables afin de renforcer sa « politique juridique extérieure » en matière des investissements envers les pays de l'Afrique subsaharienne. Les TBI conclus par le Maroc et les autres pays de l'Afrique subsaharienne monte en puissance, toutefois la majorité de ces accords sont concentrés sur la région de l'Afrique de l'Ouest et ne sont pas encore entrés en vigueur. Le contexte actuel, exige la mise à jour de ces TBI afin qu'ils puissent être adaptés aux différentes évolutions qui ont caractérisées le droit international des investissements.

## Introduction

Dans un contexte caractérisé par une forte croissance des échanges commerciaux, une forte circulation des capitaux en destination des pays du Sud, l'Afrique ne cesse de séduire grâce à ses ressources naturelles, sa main d'œuvre, son immense marché, sa croissance économique et aussi de sa biodiversité.<sup>1</sup> L'Afrique est redevenue un nouvel enjeu stratégique et un espace de compétition entre les puissances classiques (France, Grande-Bretagne, Etats-Unis, etc.) et les puissances émergentes (Brésil, Russie, Inde, Chine et l'Afrique du Sud).

Bénéficiant d'une conjoncture favorable, le Maroc mène depuis plusieurs années une politique africaine offensive et pragmatique, afin de renforcer sa coopération économique, politique, sécuritaire et religieuse avec les autres pays de l'Afrique. Le retour du Maroc à l'Union Africaine d'une part, et sa demande d'adhésion à la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest d'autre part, traduisent l'attention particulière qu'accorde le Maroc au cadre institutionnel de la coopération Sud-Sud.

Afin d'accompagner ses champions nationaux en Afrique subsaharienne, le Maroc déploie des efforts considérables afin de se doter des outils juridiques nécessaires pour promouvoir et protéger les investissements marocains en Afrique. Plus concrètement, le pays ne cesse de renforcer son arsenal juridique et son cadre institutionnel. Le Maroc a conclu

\* ProfEsseur Habilité de Droit Public, Institut des Etudes Africaines/Université Mohammed V, Rabat, Maroc (Courriel : zakkari\_younes@yahoo.fr).

1 Hugon (Ph.), *Géopolitique de l'Afrique*, Armand Colin, 2013, p. 116.

plusieurs accords bilatéraux avec les pays de l'Afrique Subsaharienne afin d'améliorer le climat des investissements. Ces accords prennent la forme d'accords commerciaux, d'accords de promotion et la protection des investissements (TBI) et d'accords de non double imposition. A vrai dire, l'absence d'un accord régional et aussi d'un Accord de libre-échange liant le Maroc avec ses partenaires africains sont derrières la prolifération de ces accords bilatéraux. Force est de souligner que le partenariat économique constitue une priorité du Maroc dans ses relations avec ses partenaires africains. Il devra passer essentiellement par le renforcement du cadre juridique régissant les relations économiques bilatérales entre le Maroc et ses partenaires africains. C'est dans ce sens que le Maroc utilise les Accords de Promotion et de Protection des Investissement, comme instruments de politique de coopération économique, notamment, régionale à destination des pays d'Afrique sub-saharienne. L'objectif est non seulement d'approfondir l'intégration régionale africaine, mais aussi favoriser le développement.<sup>2</sup>

Cet article portant sur les TBI conclus entre le Maroc et les pays de l'Afrique subsaharienne, a pour objectif d'analyser ces accords. Il vise à relever quelques limites qui caractérisent ces accords (B), mais aussi à mettre en lumière, la dynamique de la « politique juridique extérieure » du Maroc en matière d'investissement à l'égard des pays de l'Afrique subsaharienne (A).

### **A. Les TBI instruments de la « politique juridique extérieure » du Maroc en matière des investissements envers les pays de l'Afrique subsaharienne**

La « politique juridique extérieure » du Maroc en matière des investissements fait montre d'un grand dynamisme durant ces dernières années. Outre les Accords Internationaux d'Investissements et les TBI conclus avec les pays du Nord<sup>3</sup>, le Maroc mène une "« politique

2 Nations Unies. Commission Economique pour l'Afrique, *Situation relative aux accords d'investissement en Afrique*, Comité de la coopération et de l'intégration régionale, Comité de la coopération et de l'intégration régionale, 9<sup>ème</sup> session, Addis-Abeba, 7-9 décembre 2015, p. 4.

3 Le Maroc a adhéré à plusieurs conventions internationales multilatérales relatives à l'investissement. Il s'agit de la Convention de Washington (1965) instituant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ratifiée par le Maroc (10 juin 1967); la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ratifiée (7 juin 1959), et la Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) ratifiée (17 septembre 1992). Egalement, le pays est membre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et donc signataire de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), l'Accord général sur les aspects des droits de propriété intellectuelle relatifs au commerce (ADPIC) et l'Accord sur les mesures concernant l'investissement et liées au commerce (MIC). Par ailleurs, le Maroc a conclu un nombre d'accords de coopération régionale pour promouvoir l'intégration économique régionale et les investissements inter-arabes. Encore, le Maroc est signataire de l'Accord sur la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les pays Membres de la Conférence islamique (1981) et de l'Accord sur la promotion et la garantie des investissements entre les pays membres de l'Union du Maghreb arabe (1990). A ces accords, nous ajoutons les TBI conclus avec les différents Etats, et l'Accord de libre-échange avec les Etats-Unis (2004) consacrant un chapitre 'musclé aux investissements (ch. 10).

juridique extérieure » active en matière des investissements à l'égard des pays de l'Afrique subsaharienne. Pour démontrer ce dynamisme, il nous semble opportun de mettre en lumière l'expansion des TBI conclus avec les pays de l'Afrique (I), avant d'aborder la conclusion et les modalités d'application des TBI dans le droit marocain (II).

### *I. La prolifération des TBI conclus avec les pays de l'Afrique subsaharienne*

Le Maroc se positionne à la deuxième place, en terme du nombre de TBI conclus, tant en Afrique que dans le monde arabe après l'Égypte. Jusqu'à cette date, le Maroc a signé 68 TBI avec les différents États des différents continents, dont 19 avec les pays de l'Afrique. Par ailleurs, le pays est le premier investisseur africain en Afrique de l'Ouest, et le deuxième investisseur africain après l'Afrique du Sud en Afrique. Les Investissements Directs Étrangers (IDE) marocains en Afrique constituent 5,1% de l'ensemble des IDE dans le continent et ils sont susceptibles d'augmenter dans les prochaines années. La présence des entreprises marocaines et encore le volume important des IDE marocains en Afrique, supposent une couverture juridique des opérateurs économiques marocains, afin qu'ils puissent œuvrer dans des meilleures conditions juridiques. L'objectif est bien entendu d'accompagner les champions nationaux et surtout leur accorder la protection juridique nécessaire disposée par les Accords de Promotion et de Protection des Investissements.

En réalité, ces accords se répartissent géographiquement de manière inégalitaire, en faveur des autres pays de l'Afrique. Cependant, la multitude des TBI conclus entre le Maroc et les pays du Nord est à la fois visible et naturelle, et peut être justifiée facilement, dans le sens où elle s'inscrit dans un contexte historique caractérisé par un flux vertical des IDE du Nord vers le Sud. Dès lors, pour soutenir leurs firmes nationales et leur garantir une meilleure protection, les pays exportateurs des capitaux ont multiplié les TBI avec les Pays en développement (PED), afin de remédier aux insuffisances de leurs législations internes en matière d'investissement. La grande vague de nationalisation qui a marqué le siècle, effectuée par les pays du Sud vis-à-vis des investisseurs étrangers des pays du Nord, a encouragé également cette hausse des TBI entre les pays du Nord et les pays du Sud.

A vrai dire, le Maroc a pris conscience de l'importance de diversifier ses partenaires économiques et surtout des opportunités qui peuvent naître de son ouverture sur les pays voisins d'Afrique, que durant ces dernières décennies. C'est pourquoi, il n'est pas surprenant de relever la hausse des TBI conclus par le Maroc avec son voisinage africain à partir de cette dernière décennie. Ainsi, nous attestons aujourd'hui, à une évolution, voire une transformation dans la « politique juridique extérieure » du Maroc en matière d'investissement. Le Maroc œuvre pour renforcer son partenariat avec les autres pays de l'Afrique et dans cette perspective il multiplie les accords avec ses partenaires africains.<sup>4</sup>

4 Afin d'accompagner les investisseurs nationaux et renforcer son « réseau » des accords, le Maroc a conclu pendant les deux dernières années, quatre TBI avec les autres pays de l'Afrique. Ces accords concernent : la Guinée-Bissau (28/05/2015); l'Éthiopie (01/11/2016); le Nigéria (03/12/2016) et le Rwanda (19/10/2016).

Malgré les efforts déployés par le Maroc afin de réussir sa politique africaine et ainsi se doter des outils juridiques pour accompagner les opérateurs économiques nationaux; les TBI conclus par le pays sont loin de couvrir tous ses partenaires africains. Encore, ces accords sont majoritairement conclus avec les pays de l'Ouest. En pratique, les accords bilatéraux de promotion de protection des investissements conclus par le Maroc avec les autres pays de l'Afrique, se répartissent de la manière suivante :

- Afrique de l'Est : Le Maroc a conclu 1 TBI avec les Pays de l'Afrique de l'Est, à savoir Rwanda (2016).
- Afrique du Nord : Le Maroc a conclu 5 TBI avec les Pays de l'Afrique du Nord, à savoir la Tunisie, la Mauritanie, l'Égypte et la Libye et Soudan.
- Afrique de l'Ouest : Le Maroc a conclu 9 TBI avec les Pays de l'Afrique de l'Ouest, à savoir le Bénin, Burkina-Faso, Gambie, Guinée Equatoriale, Guinée, Guinée Bissau, Mali, Nigéria et le Sénégal.
- Afrique Centrale : Le Maroc a conclu 4 TBI avec les Pays de l'Afrique Centrale, à savoir le Gabon, Cameroun, la République centrafricaine et le Tchad.
- Afrique Australe : Le Maroc n'a pas conclu jusqu'à présent aucun TBI avec les pays de l'Afrique Australe.

De ce qui précède, nous pouvons relever la croissance des TBI conclus entre le Maroc et les autres pays de l'Afrique.

## *II. Conclusion et modalités d'application des TBI conclus avec les pays de l'Afrique subsaharienne*

Les TBI conclus entre le Maroc et les pays de l'Afrique subsaharienne méritent deux précisions essentielles. La première porte sur les autorités compétentes de conclure les TBI (1). La deuxième concerne, les modalités d'entrées en vigueur de ces TBI (2), notamment du fait que la question fait l'objet d'un débat juridique au Maroc.

### 1. La conclusion des TBI dans le droit et la pratique juridique marocaine

Au Maroc, la conclusion des accords internationaux manifeste clairement les pouvoirs étendus du Souverain, qui demeure l'auteur principal de la signature et de la ratification des traités.<sup>5</sup> L'article 55 de la Constitution, texte fondamental qui détermine les autorités compétentes pour la conclusion des traités internationaux.<sup>6</sup>

5 Pour plus de détails sur la signature et la ratification des traités internationaux dans la pratique marocaine, voir : Ouazzani Chahdi (H.), *La pratique marocaine du droit des traités, Essai sur le droit conventionnel marocain*, Paris, LGDJ, 1982, pp. 469-478.

6 Cet article dispose que : « le Roi accrédite les ambassadeurs auprès des puissances étrangères et des organismes internationaux. Les ambassadeurs ou les représentants des organismes internationaux sont accrédités auprès de Lui. Il signe et ratifie les traités. Toutefois, les traités de paix ou d'union, ou ceux relatifs à la délimitation des frontières, les traités de commerce ou ceux engageant les fi-

En vertu de ce texte, la signature et la ratification des traités internationaux au Maroc sont du seul pouvoir du Chef de l'État. Cependant, il faut relever que dans la pratique marocaine du droit des traités, la signature est faite par une autre instance;<sup>7</sup> le Roi délègue aux négociateurs ce pouvoir par le biais de Dahirs contresignés par le Premier ministre (art. 42 de la Constitution). Mais la ratification,<sup>8</sup> approbation ou acceptation,<sup>9</sup> est un acte faisant partie des attributs de la souveraineté, plus engageant sur le plan juridique, et strictement réservé au Souverain.<sup>10</sup> Ainsi, nous pouvons retenir que le Roi occupe un espace constitutionnel très étendu. Le chef de l'État possède une compétence originale pour déclarer la volonté de l'État, il est le législateur suprême, c'est lui qui établit les règles du jeu qui s'imposent à la classe politique toute entière.

Par ailleurs, le rôle accordé au pouvoir législatif en matière de conclusion des accords internationaux est d'une grande importance.<sup>11</sup> Il est de nature à permettre d'appréhender le niveau d'équilibre entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, et d'apprécier le rôle alloué à l'appareil législatif au Maroc en la matière. Au Maroc, l'article 55 de la Constitution détermine le rôle de l'appareil législatif en matière de ratification des accords internationaux.<sup>12</sup>

En vertu de ce texte, il s'avère que la Constitution marocaine de 2011 a étendu les prérogatives du Parlement. Ainsi, contrairement à la Constitution de 1996 (art. 31) qui a limité le rôle du Parlement en matière de ratification des traités internationaux aux seuls « traités engageant les finances de l'État », la nouvelle Constitution a pris en compte, outre les traités engageant les finances de l'Etat :

- Les traités relatifs à la délimitation des frontières;
- Les traités de paix ou d'union;

nances de l'Etat ou dont l'application nécessite des mesures législatives, ainsi que les traités relatifs aux droits et libertés individuelles ou collectives des citoyennes et des citoyens, ne peuvent être ratifiés qu'après avoir été préalablement approuvés par la loi ».

- 7 Il peut être le ministre des Affaires étrangères ou un diplomate auquel le Souverain donne les pleins pouvoirs pour signer le traité en son nom.
- 8 La ratification, désigne tout acte diplomatique écrit par lequel l'organe compétent de l'État confirme la signature apposée sur le traité par son plénipotentiaire ou atteste la confirmation de la signature par l'organe compétent. Cf. Bastid (S.), *Les traités dans la vie internationale, conclusion et effets*. Economica, Paris, 1985, pp. 41-42.
- 9 L'article 14 de la Convention de Vienne utilise trois termes qui sont conformes à la pratique actuelle en la matière. Il s'agit de : ratification, approbation ou acceptation.
- 10 Ouazzani Chahdi (H.), *La pratique marocaine du droit des traités, Essai sur le droit conventionnel marocain, op. cit.*, pp. 392 et ss.
- 11 *Idem*, pp. 477-484.
- 12 Cet article stipule que « ( ) les traités de paix ou d'union, ou ceux relatifs à la délimitation des frontières, les traités de commerce ou ceux engageant les finances de l'Etat ou dont l'application nécessite des mesures législatives, ainsi que les traités relatifs aux droits et libertés individuelles ou collectives des citoyennes et des citoyens, ne peuvent être ratifiés qu'après avoir été préalablement approuvés par la loi ».

- Les traités dont l'application nécessite des mesures législatives;
- Les traités de commerce;
- Les traités relatifs aux droits et libertés individuelles ou collectives des citoyennes et des citoyens.

En ce qui concerne les traités « engageant les finances de l'État », il ne s'agit pas pour le Parlement, de ratifier un traité ou encore de le voter article par article, l'appareil législatif, « se prononce sur un projet de loi dont l'objet d'accorder ou de refuser à l'exécutif l'autorisation de ratification ». <sup>13</sup> A cet égard, il est significatif de souligner le caractère ambigu des expressions utilisées par la Constitution. Ainsi, il est question de s'interroger sur le sens donné aux « traités engageant les finances de l'État ».

En réalité, cette expression n'est pas bien déterminée par la législation marocaine. Il faut ainsi se référer au décret royal du 22 avril 1967 portant règlement de comptabilité publique pour en trouver la définition. Les traités engageant les finances de l'État désignent, selon ce texte, tout engagement qui « entraîne une charge budgétaire pour les finances de l'État, il peut s'agir aussi d'une charge future dont le crédit correspondant n'a pas été budgétisé ». <sup>14</sup> Autrement dit, les traités qui engagent les finances de l'État sont des accords ayant une influence sur son budget et des effets sur ses dépenses.

Les accords d'investissements rentrent dans la catégorie des accords qui engagent les finances de l'État, cela « par l'obligation d'accorder le traitement national et le traitement le plus favorable aux investissements étrangers, et de ce fait par la diminution virtuelle qu'[ils] entraînent des ressources publiques ». <sup>15</sup>

## 2. Les modalités d'application des TBI dans le droit et la pratique juridique marocaine

La question des modalités d'application des conventions internationales en droit marocain n'est pas abordée par la Constitution, et n'est pas encore tranchée de manière précise par le législateur marocain. En conséquence, cette question fait l'objet d'un débat juridique au Maroc. Toutefois, malgré la divergence des réponses apportées à cette question, nous retenons de la pratique conventionnelle marocaine que trois « conditions » doivent être réunies, pour qu'un TBI acquière sa valeur obligatoire au Maroc et puisse être appliqué. L'application des accords bilatéraux relatifs aux investissements étrangers au Maroc est ainsi subordonnée à leur ratification (a), publication (b), mais également au respect du principe de la réciprocité (c).

13 Ouazzani Chahdi (H.), *La pratique marocaine du droit des traités, Essai sur le droit conventionnel marocain*, op.cit., p. 478.

14 Rbii (H.), *Environnement international et protection des droits de l'homme au Maroc : Essai sur l'édification d'un État de droit* (1990-1996), Thèse de droit, Université de Toulouse 1, p. 254.

15 Cf. Juillard (P.) « Le réseau français des conventions bilatérales d'investissement : à la recherche d'un droit perdu? », *DPCL*, 1987, Tome 13, n° 1, p. 13.

### a. La ratification

Au Maroc, les traités ne peuvent entrer en vigueur qu'après leur signature et ratification par le Chef de l'État.

L'entrée en vigueur des accords bilatéraux suppose d'une part leur ratification par les deux États signataires, et d'autre part, l'échange des instruments de ratification. Sont évidemment exclus de cette règle les traités engageant les finances de l'État, qui doivent être approuvés par les deux chambres du Parlement ainsi que les conventions contraires à la constitution, qui sont soumises à une procédure particulière.

En matière d'investissements internationaux, il est significatif de relever que plusieurs accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements conclus par le Maroc ne sont entrés en vigueur que de nombreuses années après leur signature.

Toutefois, les conséquences juridiques des TBI signés et non ratifiés sont importantes. En vertu de l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, les États signataires d'un accord doivent respecter leurs engagements, bien que l'accord ne soit pas ratifié, à moins qu'il s'agisse d'une raison valable<sup>16</sup>. *A priori*, la signature d'un accord est un préalable à sa ratification par les deux États contractants, sauf déclaration contraire, néanmoins « un traité signé et qui demeure non ratifié pendant une longue période peut fort bien être interprété comme un signal négatif ».<sup>17</sup>

### b. La publication

L'application des conventions internationales au Maroc devra passer tout d'abord par la publication de leur contenu par une loi.<sup>18</sup> Cela permet à la fois de porter le traité à la connaissance des tiers, ainsi que de le rendre opposable devant les tribunaux marocains. La publication des dispositions internationales constitue une garantie et une meilleure protection aux individus, et peut ainsi être observée comme un corollaire à la règle juridique « nul n'est censé ignorer la loi ». *A contrario*, exiger le respect des lois en vigueur, sans permettre

16 L'article dispose que : « Un État doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but :

- a) Lorsqu'il a signé le traité ou a échangé les instruments constituant le traité sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation, tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité; ou
- b) Lorsqu'il a exprimé son consentement à être lié par le traité, dans la période qui précède l'entrée en vigueur du traité et à condition que celle-ci ne soit pas indûment retardée ».

17 CNUCED, *Coopération Sud-Sud dans le domaine des accords internationaux d'investissement*, Genève, 2005, p. 7.

18 Dahak (D.), « Propos introductif sur le juge de cassation et les conventions internationales », in *Le juge de cassation à l'aube du 21<sup>ème</sup> siècle*, actes du premier congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), Marrakech, 17 au 19 mai 2004., p. 106.

toutefois leur publication<sup>19</sup> constitue une violation au principe de la transparence, fondement des relations économiques internationales.<sup>20</sup>

Toutefois, il est important de relever que la publication des lois internes comme des traités internationaux n'est pas formellement réglementée au Maroc. Avant la Constitution de 2011, l'obligation de la publication au Maroc a été énoncée uniquement par quelques textes juridiques. Ainsi, l'article 1<sup>er</sup> du dahir du 6 septembre 1958 portant loi de la nationalité marocaine telle qu'elle a été modifiée par la loi n°62.06,<sup>21</sup> ou encore le dahir du 2 mars 1973 relatif à la marocanisation de certaines activités.

Visiblement, les différentes formules utilisées ici sont générales et n'apportent pas de détails concernant l'obligation de publication des traités internationaux. De même, le législateur marocain n'a pas précisé le moyen de publication. S'agit-il impérativement du bulletin officiel ou de tous les moyens permettant la publication et la diffusion du contenu des accords? Ainsi, face au laconisme de la loi, la jurisprudence marocaine est divisée sur le fait de savoir si la mise en vigueur d'un texte légal est subordonnée, ou non, à sa publication au Bulletin Officiel. A cet égard, nous distinguons deux positions différentes.<sup>22</sup> La première est fondée sur l'arrêt de la Chambre Administrative de la Cour Suprême du 3 novembre 1972, qui affirme que la publication des conventions internationales au Bulletin Officiel est retenue par la Cour Suprême comme une condition à leur application. La deuxième s'appuie en revanche sur l'arrêt de la Cour Suprême du 6 juin 1977, ayant retenu la convention de Varsovie comme une partie du droit interne, en l'absence de sa publication.<sup>23</sup> En outre, la Chambre Civile de la Cour Suprême a adopté une position similaire dans son arrêt n°165 du 18 mars 1970.

19 Lididi (M.), « La primauté des conventions internationales sur le droit interne », in Actes de séminaire, *Les conventions internationales et la loi interne à travers la jurisprudence*, Centre de Documentation d'Information et Formation en Droits de l'homme, 19-21 octobre 2001 (en arabe), pp. 223-246, pp. 230-231.

20 Nouvel (Y.), « Les relations économiques internationales à l'heure de la transparence », in Sorel (J-M), *Le droit international économique à l'aube du XXI siècle*, Mélanges en l'honneur Carreau (D.), Juillard (P.), *Cahiers internationaux* n°21, 2009, 268 p.

21 Cette loi est promulguée par le dahir n° 1-07-80 du 23 mars 2007 (3 rabii I 1428), B.O. n° 5514 du 5 avril 2007.

22 Adrioche (A.), « Les conventions relatives aux droits de l'homme et le droit interne, interrogations sur la problématique de la conformité, l'harmonisation et le rapprochement », in Actes de séminaire, *Les conventions internationales et la loi interne à travers la jurisprudence*, Centre de Documentation d'Information et Formation en Droits de l'homme, 19-21 octobre 2001 (en arabe), pp. 101-139, not. pp. 118-123; Lididi (M.), « La primauté des conventions internationales sur le droit interne » in Actes de séminaire, *Les conventions internationales et la loi interne à travers la jurisprudence*, *op. cit.*, pp. 230-232.

23 Adrioche (A.), « Les conventions relatives aux droits de l'homme et le droit interne, interrogations sur la problématique de la conformité, l'harmonisation et le rapprochement », in Actes de séminaire, *Les conventions internationales et la loi interne à travers la jurisprudence*, Centre de Documentation d'Information et Formation en Droits de l'homme, 19-21 octobre 2001 (en arabe), pp. 101-139, not. pp. 118-121.

En réalité, il fallait attendre la Constitution de 2011<sup>24</sup> pour reconnaître la primauté des conventions internationales sur le droit interne, mais encore pour trancher et conclure le débat autour du « critère » de la publication pour l'entrée en vigueur et l'application des accords conclus par le Maroc.<sup>25</sup>

### c. La réciprocité

Le principe de réciprocité est la résultante d'une association, voire d'une combinaison entre l'idée d'échange et celle d'égalité : c'est une dynamique proportionnée, traduisant une riposte adaptée.<sup>26</sup> Le principe ne date pas d'aujourd'hui et sa valeur juridique en droit international n'est plus à démontrer.<sup>27</sup> Toutefois, compte tenu des niveaux disproportionnés de développement des Etats, la portée du principe de réciprocité est limitée dans le droit international économique.<sup>28</sup>

En pratique, le principe de réciprocité a été retenu par plusieurs Constitutions comme une condition à l'application des accords internationaux.<sup>29</sup> En revanche, en se référant à la Constitution marocaine, nous relevons l'absence de toute disposition portant sur le principe de réciprocité. Doit-on déduire de ce silence du constituant marocain que le législateur marocain n'exige pas la réciprocité pour l'application des accords internationaux en général et les TBI en particulier?

Pour remédier au mutisme de la Constitution marocaine par rapport à la condition de réciprocité, il faudrait se référer à la pratique marocaine, pour relever que le principe de réciprocité est bel et bien retenu en ce qui concerne les accords bilatéraux en général et les TBI en particulier.<sup>30</sup> En ce sens, l'entrée en vigueur des TBI au Maroc passe d'abord par leur ratification, ensuite par l'échange des instruments de ratification.<sup>31</sup> En revanche, ad-

24 Constitution du 29 juillet 2011, promulguée par Dahir n° 1-11-91 (27 Chahbane 1432).

25 Ainsi, le préambule de la Constitution stipule que : « [A]ccorder aux conventions internationales dûment ratifiées par lui, dans le cadre des dispositions de la Constitution et des lois du Royaume, dans le respect de son identité nationale immuable, et dès la publication de ces conventions, la primauté sur le droit interne du pays, et harmoniser en conséquence les dispositions pertinentes de sa législation nationale ».

26 Decaux (E.), *La réciprocité en droit international*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 10.

27 *Idem*.

28 Carreau (D.) Juillard (P.), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 4<sup>ème</sup> édition, 2010, not. p. 116, p. 123.

29 Ainsi l'article 55 de la Constitution française énonce que : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

30 Voir en ce sens, *Questionnaire sur l'internationalisation de la justice au Maroc*. Consultable sur le Site de AHJUCAF.

31 CNUCED, *Rapport sur les accords de promotion et de protection des investissements (APPI) conclus par le Gouvernement du Royaume du Maroc, (Rapport final) 'non publié'*, Mai, 2009, p. 36.

mettre le contraire n'aurait aucun sens et ne reviendrait qu'à imposer au Maroc des obligations bénévoles, à titre unilatéral.

Relever l'admission du principe de la réciprocité dans la pratique conventionnelle marocaine et notamment dans le cadre des TBI est important, mais il reste encore à connaître l'organe chargé de vérifier le respect de cette condition d'une part, ainsi que les conséquences qui peuvent en résulter en cas de non satisfaction, d'autre part. C'est une question délicate, au sens où vérifier le respect de la condition de réciprocité revient à se prononcer sur le comportement d'un autre État<sup>32</sup>, tâche qui n'est pas des plus aisées. Force est de reconnaître que le juge marocain saisi pour apprécier le principe de réciprocité est incapable de se prononcer sur son application par l'autre partie contractante.

Par ailleurs, l'exigence de réciprocité pour l'application des accords internationaux n'a pas un caractère absolu, au sens où elle n'est pas retenue en ce qui concerne les accords multilatéraux ainsi que les accords à caractère humanitaire. C'est ainsi que l'article 60 de la convention de Vienne (1969) souligne clairement que les dispositions des traités à caractère humanitaire doivent continuer d'être appliquées, même en dehors du respect de la condition de réciprocité. A l'origine de l'admission du principe de la non-réciprocité en ce qui concerne ces accords, nous relevons leur caractère objectif<sup>33</sup>, ainsi qu'« [ils] ont moins à créer des droits pour les Etats qu'à poser les jalons d'un régime international de protection de la personne humaine »<sup>34</sup>. En effet, les règles relatives à la protection des droits de l'homme dispose d'une place de taille, dans le sens où elles font partie de « l'ordre public international ».<sup>35</sup> D'ailleurs, certaines règles de protection des droits de l'homme ont un caractère coutumier, d'autres en revanche ont « la valeur de normes de *ius cogens* qui s'appliquent aux Etats et *a fortiori* aux personnes privées ».<sup>36</sup> Ceci étant, ces règles sont obligatoires, bien qu'elles ne soient pas formulées d'une manière explicite. Par conséquent, leur violation entraîne la responsabilité de l'Etat sur le plan international.

## **B. La portée limitée des TBI conclus par le Maroc et les pays de l'Afrique subsaharienne**

La prolifération des TBI conclus avec les pays de l'Afrique subsaharienne constitue un symbole de l'ouverture du Maroc sur ces partenaires africains afin de renforcer la coopération économique régionale et favoriser le développement intra-africain. Cependant, l'ana-

32 Abraham (R.), « L'articulation du droit interne et du droit international », in Cahin (G.), Poirat (F.), Szurek (S.), *La France et le droit international. I. Ouverture*, Paris, A. Pedone, 2007, p. 264.

33 Carreau (D.), *Droit international*, Paris, Pedone, 10<sup>e</sup> éditions, 2009, p. 399.

34 Olson (T.), Cassia (P.), *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, Paris, Presses universitaire de France (PUF), 2006, p. 46.

35 Horchani (F.), « Les droits de l'homme et le droit des investissements internationaux », in Boy (L), Racine (J-P), Siiriani (F.) Dir., *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 159.

36 *Idem*.

lyse de ces TBI fait montre de quelques limites et insuffisances (I). En absence d'un accord régional en matière des investissements liant le Maroc et les autres pays de l'Afrique, le Maroc est dans la nécessité de renégocier ces accords afin de remédier à leurs incohérences (II).

### *I. Des carences et des incohérences*

Les limites qui caractérisent les TBI conclus par le Maroc et les pays de l'Afrique subsaharienne sont multiples. Deux carences peuvent faire l'objet de cette étude. Le cumul du retard pour l'entrée en vigueur des TBI (1) et l'absence d'un modèle de TBI liant le Maroc à ses partenaires africains (2).

#### 1. Des accords globalement signés et non pas entrés en vigueur

La conclusion des traités au Maroc est une opération délicate. Elle relève à la fois d'organes techniques<sup>37</sup> et des organes constitutionnelles.<sup>38</sup> C'est un processus long et complexe qui exige l'intervention de plusieurs services et ministères avant la ratification et l'entrée en vigueur de l'accord. Autrement dit, l'entrée en vigueur des accords constitue la fin de ce processus, permettant aux parties contractantes de revendiquer les droits et obligations contenus dans le traité. C'est ainsi que les dispositifs retenus dans ces accords deviennent effectifs et obligatoires pour les deux parties. Toutefois, l'analyse des TBI conclus par le Maroc fait montre d'un grand retard en ce qui concerne l'entrée en vigueur de ces accords. Ainsi, sur un total de 68 TBI signés par le Maroc, seulement 47 Accords qui sont entrés en vigueur. Plus précisément, sur les 19 TBI conclus entre le Maroc et les autres pays de l'Afrique, uniquement 9 qui sont entrés en vigueur.<sup>39</sup>

En réalité, le retard pris pour la ratification et l'entrée en vigueur des TBI conclus entre le Maroc et les autres pays de l'Afrique constitue une source de problèmes et il n'est pas sans conséquence pour le Maroc. En effet, les dispositions de fond de ces accords sont susceptibles de ne plus traduire l'état du droit positif et les intérêts des Etats parties compte tenu de leur évolution. De même, le droit international de l'investissement est en pleine expansion, ce qui risque de se trouver devant certaines dispositions dépassées et non plus désirables. Globalement, nous pouvons relever une conséquence juridique majeure en la ma-

37 Il s'agit de la Direction du Trésor et des Finances extérieures au Ministère de l'Economie et des Finances qui est en charge de la négociation de l'accord, puis de la Division des traités au Ministère de la Coopération et des affaires étrangères qui s'attache à l'aspect juridique de l'accord et veille essentiellement à sa cohérence avec les autres accords conclus par le pays.

38 Voir *supra*.

39 Les accords liant le Maroc et les autres pays de l'Afrique et qui sont entrés en vigueur concernent les TBI conclus avec : Burkina-Faso (entré en vigueur depuis 2016); Gabon (entré en vigueur depuis 2009); Gambie (entré en vigueur depuis 2011); Mali (entré en vigueur depuis 2016); Egypte (entré en vigueur depuis 1998); Mauritanie (entré en vigueur depuis 2003); Tunisie (entré en vigueur depuis 1999); le Soudan (entré en vigueur depuis 1999).

tière. A défaut d'entrer en vigueur d'un accord de promotion et de protection d'investissement, l'investisseur marocain ne semble pas être autorisé d'invoquer le consentement à l'arbitrage, dans le cadre d'un traité qui n'est pas encore entré en vigueur. L'investisseur marocain n'est pas en mesure de recourir à un arbitrage international dans le cadre d'un traité non entré en vigueur.

Force est de constater que le retard portant sur la ratification et l'entrée en vigueur de certains TBI conclus entre le Maroc et les autres pays de l'Afrique n'est plus justifié quand il dépasse 20 ans.<sup>40</sup> De même, il n'est plus adapté avec le discours officiel, mettant la coopération et le développement économique au cœur des relations entre le Maroc et ses partenaires. Quand certains accords avec des pays amis et voisins, à l'instar du Sénégal<sup>41</sup>, la Guinée<sup>42</sup> sont encore en phase de signature, la question qui se pose est celle de savoir comment peut-on justifier de tel retard?

## 2. Des modèles et non pas un seul modèle

L'examen du fond des TBI conclus par le Maroc avec les autres pays de l'Afrique subsaharienne propose des signes contradictoires, traduisant un contenu classique et peu adapté avec les grandes mutations qui ont caractérisé le droit international des investissements. L'absence d'un Accord Multilatéral d'Investissement (AMI) et surtout d'un modèle marocain de TBI sont à l'origine de l'incohérence de certaines dispositions parmi les accords conclus par le Maroc. Force est de souligner de prime abord, que chaque TBI conclu par le Maroc est le fruit d'une négociation séparée. Ainsi, il n'est pas surprenant que les textes des traités conclus par le Maroc ne soient pas uniformes. Ceci est certainement une source d'inquiétude pour les investisseurs qui pourraient se trouver devant un éventail d'obligations variables et éventuellement contraires vis-à-vis des investisseurs de plusieurs pays partenaires.

Pour le pays d'origine, un réseau de traités cohérents offre aux investisseurs un point de référence prévisible de la protection, quel que soit l'endroit où ils décident d'investir. Les États conçoivent fréquemment des modèles de traité afin d'aboutir à un réseau de traités cohérent. Ces modèles contiennent ce que le pays considère comme étant un traité d'investissement idéal.

Par ailleurs, l'ensemble des Accords se contentent d'énoncer des dispositions générales, relatives à l'admission, le traitement, la protection, le libre transfert, le règlement des différends, etc. Or, ils peuvent s'étendre à des questions connexes aux investissements, telles que la protection de l'environnement, la responsabilité des entreprises, les services, la propriété intellectuelle, etc. Ces innovations sont de grande utilité, dans la mesure où elles per-

40 Voir à titre d'exemple le TBI signé avec le Tchad, qui date du 14 décembre 1997.

41 TBI signé le 15 novembre 2006.

42 TBI signé le 2 mai 2002.

mettent de clarifier les dispositions formulées dans ces accords et par conséquent, renforce la prévisibilité et la transparence sollicitées par l'investisseur étranger.

A vrai dire, le fond des TBI conclus par le Maroc n'accompagne pas les évolutions qui ont caractérisé son cadre réglementaire interne portant sur l'investissement international. L'incohérence et l'hétérogénéité qui caractérisent le contenu des TBI conclus entre le Maroc et les pays de l'Afrique est visible et peut être démontrés.

Les Dispositions relatives au règlement des différends entre l'investisseur et l'Etat suscitent une importance de taille dans les TBI. Elles garantissent le règlement des litiges qui pourraient naître entre l'investisseur et le pays de l'accueil de l'investissement. Cependant, l'analyse des TBI conclus entre le Maroc et les pays de l'Afrique subsaharienne permet de relever que les dispositions liées au règlement des différends sont rédigées de façons très différentes. Selon l'Accord et le partenaire, l'investisseur dispose d'un choix varié et inégal pour régler le litige lui opposant à l'Etat d'accueil. Ainsi, les accords conclus avec la Gambie, le Cameroun, le Gabon, Burkina Faso, la République centrafricaine, la Guinée équatoriale, le Bénin, et Rwanda,<sup>43</sup> diffèrent des accords conclus avec le Tchad, le Sénégal<sup>44</sup> ou encore les accords conclus avec le Soudan.<sup>45</sup>

En absence d'une uniformisation du contenu des TBI conclus par le Maroc à l'exemple des dispositions relatives au règlement des différends, l'investisseur continuera de subir une discrimination qui n'est pas justifiée.

## *II. De l'urgence de renégocier les TBI conclus avec les pays de l'Afrique subsaharienne*

Compte tenu des insuffisances et des incohérences qui caractérisent les TBI conclus avec les pays de l'Afrique subsaharienne, et à défaut d'une approche régionale africaine permettant la mise en place d'un cadre juridique des investissements étrangers,<sup>46</sup> il semble urgent et nécessaire pour le Maroc renégocier ces TBI. En effet, ces accords manifestent un contenu ancien et dépassé, traduisant la méfiance des pays du Nord et aussi leurs soucis de protéger leurs Investissements Directs Etrangers contre l'expropriation et l'arbitraire dont ils peuvent faire l'objet par les pays du Sud. En effet, dans les années 70 et 80, les IDE circulaient dans un seul sens, du Nord vers le Sud et ces accords ont été conçus pour assurer la protection des investissements réalisés dans des secteurs stratégiques dans les anciennes colonies. La majorité des Pays en développement africain étaient fraîchement indépendants et

43 Ces accords accordent à l'investisseur le choix du recours à l'arbitrage CIRDI, l'arbitrage du CNUDCI et les tribunaux nationaux.

44 Dans le de ces TBI, l'investisseur dispose du choix de recourir à l'arbitrage CIRDI et les tribunaux nationaux.

45 Ces accords accordent à l'investisseur le choix du recours à la Cour Arabe et les tribunaux nationaux.

46 Nations Unies. Commission Economique pour l'Afrique, *Situation relative aux accords d'investissement en Afrique*, Comité de la coopération et de l'intégration régionale, 9<sup>ème</sup> session, Addis-Abeba, 7-9 décembre 2015, p. 14.

leurs besoins en termes des IDE étaient énormes pour bâtir leur économie interne et assurer une meilleure croissance. Leurs objectifs derrière ces accords étaient principalement de faire valoir leur statut d'États souverains et sans aucune considération des dispositions relatives à l'investissement. Les IDE constituaient le moyen par excellent pour se procurer des moyens financiers sans assurer les charges de la dette extérieure qui pesaient lourdement sur de nombreux pays d'Afrique. Cependant, ce contexte a bien évolué et les flux des IDE ont pris une nouvelle dimension. Ainsi, nous sommes devant une situation différente, à savoir l'orientation des IDE du Sud vers le Nord et aussi du Sud vers le Sud.

Les TBI conclus entre le Maroc et les pays de l'Afrique subsaharienne à l'instar des autres accords, véhiculent un ensemble de règles et de principes protecteurs de l'investisseur étranger dont le respect est obligatoire par le pays d'accueil de l'investissement. En particulier, les standards de « traitement juste et équitable » comme de « pleine et entière protection et sécurité » constituent les piliers du droit international des investissements. Ces principes sont présents dans la majorité des TBI conclus avec les pays de l'Afrique subsaharienne. Toutefois, faute de précision ils « sont au centre la construction jurisprudentielle du droit international des investissements ». <sup>47</sup> Par ailleurs, les TBI prévoient toujours des clauses d'arbitrage permettant à l'investisseur en cas de litige l'opposant à l'État d'accueil de l'investissement, d'exclure ses juridictions internes en faveur de l'arbitrage international (ad hoc, Chambre de commerce internationale 'CCI'). Or, malgré les différentes clauses d'arbitrage, « [l]e mécanisme CIRDI <sup>48</sup> est statistiquement le premier visé par ces traités ». <sup>49</sup> Grâce à cette faculté de recourir à l'arbitrage, l'investisseur étranger est ainsi favorisé par rapport aux investisseurs nationaux, qui n'ont comme recours possible que les juridictions internes. De même, l'investisseur n'a pas d'obligations vis-à-vis de l'État d'accueil, non plus des comptes à rendre.

Force est de constater que les litiges opposant les investisseurs aux États d'accueil coûtent beaucoup aux pays africains en termes d'indemnisations et frais de justice. Outre les coûts financiers, le manque de cohérence, de transparence et de légitimité des sentences arbitrales a soulevé des inquiétudes parmi les pays africains. C'est ainsi que l'Afrique du Sud a revu ses TBI et a décidé de mettre fin à un grand nombre d'entre eux et de ne pas en conclure de nouveaux accords. <sup>50</sup> Dans son rapport, le Département du commerce et de l'industrie de l'Afrique du Sud a souligné que :

47 Juillard (P.), « Phénix et cendre : le standard minimum de droit international », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Libres propos sur les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2006, 644 p., pp. 257-272.

48 Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements a été institué par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Elle est entrée en vigueur le 14 octobre 1966, soit 30 jours après sa ratification par les 20 premiers États.

49 Latty (F.), « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI*, 2008, p. 469.

50 Fredy Trujillo et Silvia Perugachi, « La nécessité d'un observatoire de l'investissement et des sociétés transnationales pour le Sud mondial », *Investment Treaty News, Journal trimestriel sur le*

*« Les accords internationaux d'investissement existants se basent sur un modèle vieux de 50 ans, qui met encore l'accent sur les intérêts des investisseurs originaires des pays développés. Des questions hautement importantes pour les pays en développement ne sont pas traitées lors du processus de négociation des TBI ».*

En réalité, la négociation des TBI est une question de grande acuité et qui ne concerne pas uniquement le Maroc et les pays de l'Afrique. Depuis plusieurs années, plusieurs voix appartenant aux pays du Sud et du Nord (Etats, Organisations Internationales, etc.), œuvrent pour réformer non seulement les TBI, mais les Accords Internationaux d'Investissements en général, afin de créer un juste équilibre entre les droits et les obligations des pays d'accueil et des investisseurs.<sup>51</sup>

En guise de conclusion, nous soulignons que le contenu des TBI conclus avec les pays de l'Afrique subsaharienne est peu adapté avec les différentes mutations qui ont caractérisé le droit international des investissements. Toutefois, le TBI conclu avec Nigéria (2016) constitue une exception en la matière. L'accord porte les ingrédients d'un TBI moderne, conçu pour mettre un équilibre entre les droits et les devoirs de l'investisseur et l'Etat d'accueil. Cet accord manifeste des grandes innovations par rapport à l'ensemble des TBI conclus par le Maroc. Ainsi, le TBI accorde une attention particulière à la gouvernance et aux pratiques des entreprise et des pratiques (art 19); le droit de l'Etat de règlementer (art. 23); l'accès de l'investisseur à l'information (art.20); l'investissement et la protection des droits de l'homme, pour ne citer que ces exemples.

*droit et la politique des investissements dans la perspective du développement durable*, IISD, Numéro 2, Volume 7, Mai 2016, p. 7.

- 51 James Zhan, Diana Rosert, « La Conférence 2016 de la CNUCED sur les Accords internationaux d'investissement : une étape de plus dans la réforme des AII, », *Investment Treaty News, Journal trimestriel sur le droit et la politique des investissements dans la perspective du développement durable*, IISD, Numéro 4, Volume 7, Décembre 2016.