



SCP TOBLE & ASSOCIES
Société d'Avocats

Le nouveau cadre juridique des investissements privés au Togo : une analyse synoptique

2623 Bvd. Félix Houphouët Boigny, B.P 61170
(+228) 22 21 10 12 / 90 05 40 60
(+228) 22 22 22 48
Email: contact@tobleassociés.tg

Depuis longtemps, l'investissement est considéré comme l'un des principaux vecteurs du développement durable des États surtout ceux en voie de développement. Les États africains s'activent constamment à réformer le cadre juridique des investissements afin d'attirer et d'accroître les flux des investissements directs étrangers. C'est en ce sens, que le Code togolais des investissements du 30 septembre 1989, devenu inadapté aux réalités économiques togolaises et moins attractif a été réformé par la loi du 20 janvier 2012 portant nouveau Code des investissements^[1].

À la différence du Code des investissements de 1989 qui a profondément été réformé 23 ans après, celui de 2012 a subi une réforme seulement 7 ans après son entrée en vigueur. Ceci témoigne sans doute, la volonté sans cesse de l'État togolais de se mettre à jour des mécanismes internationaux de protection des investissements et d'accroître le flux des investissements directs étrangers en République togolaise. En effet, depuis le 11 juin 2019, un nouveau Code des investissements a été promulgué par le chef de l'État togolais. Ce nouveau Code a été adopté avec l'objectif général de promotion, de facilitation et surtout de protection de l'investissement durable et responsable au Togo^[2].

Le nouveau Code togolais des investissements de 2019 définit l'investissement comme étant « **la mobilisation de capitaux pour l'acquisition des biens mobiliers, immobiliers, matériels et immatériels rendus nécessaires à l'occasion de la création d'entreprise nouvelle ou dans le cadre d'un programme d'extension d'entreprise existante** »^[3]. Il s'agit d'une définition complète et moderne de l'investissement. En effet, l'article 2 du Code des investissements de 2012, définissait la notion d'investissement comme étant « **la mobilisation d'un ensemble de capitaux par toute entreprise (...)** ». Ce texte ne vise que « les entreprises » (personnes morales) entendues comme « **toute unité de production, de transformation et / ou de distribution de biens ou de services, à but lucratifs légalement constituée en société sous une forme reconnue par l'AUDCG/GIE de l'OHADA ou sous forme de société coopérative** »^[4]. La maladresse de cette disposition réside dans le fait qu'elle fait dire au législateur togolais que seules les personnes morales peuvent être considérées comme des investisseurs. En d'autres termes, les personnes physiques ne semblent pas concernées puisque le texte ne vise que « les entreprises » entendues comme des personnes morales et non des personnes physiques. Or, le même article définit *in fine* l'investisseur comme étant « **toute personne physique ou morale togolaise ou étrangère réalisant un investissement sur le territoire national** ». Pour des raisons de cohérence, il était nécessaire de redéfinir la notion d'investissement en droit togolais comme le fait très bien le nouveau Code des investissements de 2019. D'ailleurs, la plupart des États d'Afrique Sub-Saharienne francophone définissent dans leur Code des investissements la notion d'investissement comme étant un ensemble de capitaux employés par toute « personne physique ou morale (...) »^[5]. La réforme du nouveau Code togolais des investissements crée un cadre juridique attrayant aux investissements tout en alliant le développement du pays d'accueil. Ce nouveau Code togolais des investissements issu de la loi de 2019 est émaillé de plusieurs innovations dont quatre nous paraissent essentielles. Il s'agit, d'une part, de la présence des grands principes internationaux du droit des investissements qui constituent des garanties des investissements (1) ainsi que des mesures très incitatives aux investissements privés (2). D'autre part, le nouveau Code togolais des investissements renforce les obligations auxquelles les investisseurs sont assujettis en tenant compte des exigences environnementales et du contenu local (3). Il comporte également des innovations au titre du règlement des différends investisseur-État (4) et surtout la mise en place d'une agence nationale de promotion des investissements (5).

1. Les principes internationaux du droit des investissements présents dans le nouveau Code des investissements togolais

Il découle du principe de souveraineté que les États sont compétents pour réglementer les investissements internationaux sur leurs territoires. Toutefois, La multiplication des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements (TBI) a laissé apparaître bon nombre de règles standards visant la protection des investisseurs dans l'État d'accueil. Qu'ils soient de sources nationales, régionales ou internationales, on retrouve dans les textes modernes relatifs aux investissements, des principes directeurs qui viennent poser les droits et devoirs de chacun des acteurs tant du côté de l'État d'accueil que de celui des investisseurs. Ces principes se retrouvent dans le nouveau Code togolais des investissements.

a. Le principe d'égalité de traitement ou de non-discrimination.

Le principe d'égalité de traitement encore appelé principe de non-discrimination est l'un des plus importants principes que le droit international accorde aux investissements internationaux. Il résulte de ce principe que les investisseurs étrangers doivent recevoir un traitement identique à celui des personnes physiques ou morales de l'État hôte ou de l'État d'accueil. Dans le nouveau Code togolais des investissements, ce principe est garanti par les dispositions de l'article 3. En effet, il résulte de ce texte que : « **Sauf convention fiscale internationale relative aux doubles impositions ou aux non-impositions, toute entreprise régulièrement établie en République togolaise, qui introduit à l'Agence un projet d'investissement sera soumise de plein droit aux dispositions du présent code sans aucune discrimination** ».

Ainsi, par principe, aucune entreprise régulièrement établie en République togolaise ne peut faire l'objet de discrimination en matière de lois et de règlements régissant ses activités d'investissement. Lorsque l'investisseur est étranger, il doit recevoir un traitement identique à celui des personnes physiques ou morales togolaises.

Cependant, certains investisseurs étrangers peuvent en matière fiscale, faire l'objet d'une double imposition ou ne seront pas assujettis à l'impôt en raison d'un traité ou d'une convention fiscale internationale liant son État à l'État togolais. Il revient donc, aux investisseurs de bien vérifier si une convention fiscale bilatérale lie son État d'origine à l'État togolais et prévoyant la double imposition ou la non-imposition.

b. La garantie de transfert des capitaux et des rémunérations

Cette garantie suppose que les investisseurs étrangers ont le droit de transférer en devise, les dividendes, les produits de toute nature découlant des capitaux investis, les produits de la liquidation ou de la réalisation de leurs avoirs ainsi que leurs salaires. L'État hôte à cette obligation de garantir ce transfert de capitaux et des rémunérations à l'investisseur. Cependant, l'investisseur est tenu de respecter la réglementation applicable entre autres, en matière de change, de transfert de devise, de dividendes.

Le nouveau Code togolais des investissements garantit ce transfert et renvoie à la réglementation de la BCEAO (le Togo étant un État membre de la CEDEAO). Il résulte clairement des dispositions de l'article 4 dudit code que « **[I]es investisseurs étrangers qui effectuent en République togolaise un investissement [...], restent soumis à la réglementation de la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO) en ce qui concerne le système des changes et le transfert des devises, notamment en matière de change, de transfert de devises, de dividendes, de produits de toute nature découlant des capitaux investis, de produits de la liquidation ou de la réalisation de leurs avoirs, de compensations, de restitutions ou indemnités éventuelles ainsi que des salaires** ».

c. Le principe de la liberté de gestion

Il suppose que l'État Togolais ne doit pas s'immiscer dans la gestion des entreprises régulièrement établies au Togo dans le cadre de leurs investissements. Ces derniers doivent librement déterminer leur « politique politique de production et de commercialisation »^[6] tout en respectant les lois et règlements en vigueur au Togo.

d. La nécessité d'une protection efficace des investissements réalisés

Il s'agit du standard de pleine et entière protection et sécurité des investissements. Il se retrouve dans les dispositions de l'article 6 du nouveau Code. Cette garantie de protection couvre la propriété privée de l'investisseur et s'étend à tous ses aspects juridiques et commerciaux. La majorité des textes contemporains relatifs aux investissements contiennent une disposition relative à la protection de l'investisseur étranger contre une expropriation mis en œuvre par l'État d'accueil. Le législateur togolais s'est mis à jour en insérant dans le nouveau Code des investissements une garantie de l'investisseur contre toutes mesures d'expropriation ou de nationalisation sauf cause d'utilité publique sous réserve d'un juste et préalable indemnisation. Cette indemnisation est évaluée « par rapport à la juste valeur marchande de l'investissement ».

Il s'avère important de préciser que le droit international général n'a jamais interdit à un État d'exproprier les investisseurs étrangers sous réserve de la réunion de certaines conditions (utilité publique de la mesure, mesure prise conformément à la loi, non discriminatoire, non contraire à un engagement particulier, et moyennant compensation)[7]. Le nouveau Code des investissements extirpe du giron des mesures de nationalisation ou d'expropriation indirecte, **« toute mesure réglementaire non-discriminatoire prise par l'État togolais, conçue et appliquée en vue de protéger ou d'atteindre des objectifs légitimes de bien-être public comme la santé publique, la sécurité et l'environnement »**.

Outre la présence des grands principes du droit international des investissements, le nouveau code des investissements togolais a aussi prévu des mesures spécifiques octroyant des avantages aux investisseurs durant toute la période de l'exploitation.

2. L'institution de mesures incitatives aux investissements privés

Les mesures incitatives aux investissements permettent aux États de donner un élan à la croissance économique et à l'emploi sur leurs territoires. Ces mesures ont également pour objectif, d'attirer les investissements étrangers, de favoriser les transferts de technologie ou de diriger l'investissement vers certains secteurs clés ou certaines localisations. Ces mesures sont déclinées dans le chapitre VI du nouveau Code des investissements togolais. Il s'agit : **des exonérations portant sur les droits, taxes et impôts indirects ou, dans le cadre des importations, les autres impôts perçus au cordon douanier, des crédits d'impôts reportables non remboursables sur impôts directs et des exonérations portant sur la taxe foncière**. Le bénéfice de ces mesures incitatives est subordonné aux respects par l'investisseur, des obligations résultant du Code des investissements et à l'obtention d'un agrément délivré par l'Agence de promotion des investissements et de la zone franche (ci-après API-ZF).

À la différence du Code des investissements de 2012, le nouveau code ne prévoit pas de régime de déclaration. Il impose la demande d'agrément à toutes les entreprises qui souhaitent bénéficier des avantages prévus par le Code des investissements et des mesures incitatives précitées. En effet, l'article 14 du Code des investissements de 2019 prévoit que les porteurs des projets d'investissements d'un montant supérieur ou égal à de 50. 000.000 de FCFA (pour une entreprise nouvelle) et les entreprises dont le programme d'investissement est supérieur à 50. 000.000 de FCFA investis dans des moyens matériels ou d'équipements, impliquant l'extension d'une entreprise existante doivent solliciter **un agrément** pour

bénéficiaire des avantages précités. L'agrément est délivré dans un délai de 30 jours. Il peut ne pas être accordé si l'API-ZF juge que l'investisseur ne remplit pas les conditions. Pour des raisons de transparence le refus doit être dûment motivé et notifié à l'investisseur.

Il faut souligner cependant, que les entreprises qui exercent dans certains secteurs d'activités ne peuvent pas prétendre aux bénéfices des différentes mesures incitatives prévues par le Code des investissements. Il s'agit conformément aux dispositions de l'article 13 du Code des investissements des secteurs limitatifs suivants :

- des entreprises dont les activités, pour des raisons d'intérêt général, sont interdites par la loi ;
- des entreprises exerçant une activité de production d'armements et activités militaires connexes,
- des entreprises exerçant une activité dans les secteurs de mines et d'hydrocarbures (à l'exception des activités de stockage, d'hydrocarbure, de gaz à usage domestique, industriel ou médical).
- des entreprises exerçant les activités de distribution ou de négoce, à l'exception des services aux navires, à quai ou en rade, qui restent éligibles aux mesures incitatives;
- des activités de courtage, de stockage de produits autres que végétal, animal et halieutique et destinés majoritairement à la vente sur le territoire togolais;
- des activités de gestion de centre commercial, à l'exception de la promotion immobilière de centres commerciaux;
- des activités d'acquisition de biens immobiliers.

Cette liste est limitative et il est donc inutile aux entreprises exerçantes dans ces domaines, de solliciter un agrément afin de bénéficier des avantages et mesures incitatives dictés par le nouveau Code des investissements.

3. Les obligations auxquelles sont assujettis les investisseurs : les obligations environnementales renforcées et des exigences en matière de contenu local

Rendre le climat des affaires plus favorable est important pour attirer les investisseurs dans un pays, mais cela doit aussi contribuer au développement de l'État d'accueil. C'est ainsi que pour s'assurer de l'octroi des avantages du Code, les investisseurs sont tenus de respecter les normes de l'État d'accueil. Parmi ces obligations à respecter, l'innovation réside dans le respect par les investisseurs des normes environnementales et des exigences du contenu local.

Pèse entre autres sur les investisseurs en République togolaise les obligations suivantes dictées par l'article 37 du Code des investissements.

- a. L'obligation de respect des dispositions légales et réglementaires applicables au Togo (Code de l'environnement, Code du travail, les Actes Uniformes de l'OHADA...);
- b. L'obligation de contrôle : Les entreprises bénéficiant des avantages et mesures incitatives sont soumises au contrôle de l'Agence et des administrations publiques chargées de veiller au respect des conditions fixées pour le bénéfice de ces avantages et mesures incitatives.
- c. L'obligation comptable et financière : Les entreprises doivent tenir une comptabilité régulière et complète dans la forme prévue par la loi togolaise. Elles ont également l'obligation de déposer annuellement les états financiers auprès de l'Administration fiscale;
- d. L'obligation de réserver la majorité des emplois permanents en priorité aux nationaux. En effet, les entreprises étrangères réalisant leurs investissements sont tenues d'employer majoritairement des salariés de nationalité togolaise et leur réserver la majorité des emplois à durée indéterminée, sauf dans les cas où l'expertise n'existe pas au Togo.
- e. L'obligation d'organiser la formation et la promotion des nationaux togolais au sein de l'entreprise et de communiquer à l'API-ZF un plan de formation annuel en début d'exercice et détailler les actions de formation réalisées au cours de l'exercice écoulé dans le rapport annuel...

Le non-respect de ces obligations entraîne plusieurs sanctions dont le retrait de l'agrément et par ricochet, des avantages et mesures incitatives accordées.

4. Les innovations au titre du règlement des différends investisseurs-État

L'article 7 nouveau Code togolais des investissements prévoit trois modalités de règlement des différends.

D'abord, une procédure de règlement à l'amiable est prévue. Le Code privilégie ainsi, un dénouement par voie amiable. Si le législateur togolais ne prévoit pas clairement comme l'a fait son homologue ivoirien dans le Code des investissements de 2018 révisé en 2019, il ne fait aucun doute que l'accord transactionnel qui pourrait en résulter, tiendra lieu de loi aux parties qui s'efforceront de l'exécuter de bonne foi. La violation éventuelle de cet accord pourrait être sanctionnée au titre de la responsabilité civile.

Ensuite, à défaut de parvenir à un accord suivant cette procédure amiable de règlement du différend dans un délai de 6 mois au maximum, le Code donne la possibilité aux parties de saisir les juridictions togolaises ou communautaires compétentes. Le règlement amiable est ainsi, un préalable nécessaire à la saisine des juridictions togolaise ou communautaires.

Le délai de 6 mois à l'issue duquel les parties doivent saisir ces juridictions était absent dans le Code des investissements de 2012. S'agissant des juridictions communautaires, le Code de 2012 désignait expressément, la Cour de justice de l'UEMOA et la Cour de justice de la CEDEAO. Il nous semble, que ce sont ces mêmes juridictions communautaires qui sont implicitement visées dans la réforme de 2019.

Enfin, les parties peuvent toujours, selon le nouveau code, soumettre leurs différends à l'arbitrage. Si les parties ont décidé de recourir à l'arbitrage soit dans leur contrat en vertu d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, le nouveau Code des investissements prévoit que le recours à l'arbitrage se fait suivant l'une des procédures ci-après:

- a. la procédure d'arbitrage prévue par la Cour d'arbitrage du Togo (CATO) ;
- b. la procédure d'arbitrage prévue par le règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (CCJA de l'OHADA) ;
- c. la procédure d'arbitrage prévue par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage de l'OHADA ;
- d. la procédure d'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

En comparaison avec le Code des investissements de 2012, la réforme de 2019 inclue dans la liste, l'arbitrage ad hoc c'est-à-dire la procédure d'arbitrage prévue par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage de l'OHADA. Par ailleurs, le Code donne la possibilité aux parties, de prévoir toute autre procédure d'arbitrage de leur choix. En conséquence, les parties à un différend maritime ou financier peuvent, par exemple, recourir à l'arbitrage du Centre international d'arbitrage et de Médiation de Lomé (CIAM-Lomé)[8].

5. Le cadre institutionnel : la mise en place de l'Agence nationale de la Promotion des Investissements et de la Zone Franche (API-ZF)

À la différence du Code des investissements de 1989, le nouveau Code des investissements de 2012 a prévu en son article 10 la création d'une Agence de la promotion des

investissements et de la Zone Franche Industrielle (API-ZF) pour l'administration du code des investissements et du statut de Zone Franche. Cette agence a été maintenue dans la réforme de 2019 (notamment en son article 9). L'API-ZF est un établissement public administratif doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière. La création de l'API-ZF constitue une belle avancée pour le Togo en matière d'investissement. L'intérêt principal de cette agence est de regrouper en une entité, une multitude de services à destination des entrepreneurs et des investisseurs (togolais et étrangers) afin de promouvoir l'investissement au Togo. Le Code des investissements de 2019 dote L'API-ZF(<https://apizf.org/>) de plusieurs missions que nous pouvons regrouper en deux. Il s'agit des missions principales et des missions accessoires ou particulières.

L'API-ZF est habilitée, à titre principale, à exercer au Togo et à l'étranger **des services publics liés à la promotion des investissements**. A cet effet, l'API-ZF est chargée de la mise en œuvre du Code des investissements et du statut de la Zone Franche industrielle ainsi que les régimes économiques et les grands travaux spécifiques qui lui sont expressément confiés.

De manière spécifique, l'API-ZF exerce d'abord les fonctions **de guichet unique pour l'ensemble des démarches administratives liées à l'implantation et à l'exploitation des sociétés situées sur le territoire togolais**. Elle a également pour missions spécifiques, la délivrance et la gestion des agréments à l'investissement au Togo, l'administration du statut de la Zone Franche, le soutien à la formation et au transfert de compétence.

Yawo Gagnon TOBLE, avocat au Barreau de Lomé (Togo), Gérant de la SCP Toble & associés.

&

Komlanvi Issifou AGBAM, Attaché temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université de Haute-Alsace, Président fondateur de l'Association togolaise de droit maritime

[1]. Loi n°2012-001 portant Code des investissements en République togolaise.

[2]. Article 1 de la loi du 11 juin 2019.

[3]. Article 2 du Code.

[4]. Article 2 de la loi n°2012-001 portant Code des investissements en République togolaise.

[5]. L'article 2.3 de la loi n°2014-09 portant Code des investissements en République du Niger définit l'investissement comme étant un « capital employé par toute personne physique ou morale, pour l'acquisition de biens mobiliers, immobiliers, matériels et immatériels et pour assurer le financement des frais de premier établissement, ainsi que le besoin en fonds de roulement rendus nécessaires à l'occasion de la création d'entreprises nouvelles ou d'opérations de modernisation ». C'est également ce que prévoit l'article 1. 4 du Code sénégalais des investissements de 2004 et l'article 1 de l'ordonnance n°2018-646 du 1^{er} août 2018 portant Code des investissements en République de Côte d'ivoire.

[6]. Article 5 du Code.

[7]. En ce sens, voir Arnaud de Nanteuil, L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement, Paris, éd. Pédone, 2014, p. 359 à 372.

[8]. Pour plus d'informations sur ce centre, voir la présentation disponible sur le site <https://ciamlome.com/> (consulté le 31/01/2022).

