

2021 3

juriste

INTERNATIONAL

DEEP

I BUSINESS IN AFRICA
V BUSINESS EN AFRIQUE
E NEGOCIOS EN ÁFRICA



Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Unión Internacional de Abogados



LexisNexis®

Table of Contents

Sommaire

Indice



3 **President's Message | Le mot du Président | Mensaje del Presidente**
Editorial | L'édito | Editorial

6 **Interviews | Entretiens | Entrevistas**
▶ Videsha Proothveerajh: The Professional

10 **New Frontiers | Nouveaux horizons | Nuevas fronteras**
▶ Covid-19 en el contexto del derecho humano al agua y al saneamiento

12 **What Matters | L'essentiel | Lo Importante**
▶ There is Something Missing from the African Peace Process: Women

18 **Deep Dive - Business in Africa | Le Dossier - Business en Afrique | El informe - Negocios en África**
▶ [18](#) Stricter Reporting and Enforcement on Local Empowerment in Africa
▶ [21](#) A Roadmap to Navigating Trademarks in Africa ▶ [26](#) Trademarks in Nigeria ▶ [29](#) East Africa Data Infrastructure Ripe and Ready to Move to the Next Level ▶ [32](#) La *Legaltech* en Afrique noire francophone : quelles opportunités ?
▶ [36](#) Le sort de la clause de stabilisation dans les contrats d'investissements miniers au Sénégal ▶ [40](#) Localization Compliance Requirements for Investments in the African Mining Sector ▶ [47](#) Investissements et hydrocarbures en droit mauritanien ▶ [49](#) La libéralisation du secteur de l'énergie solaire au Burkina Faso ▶ [53](#) Somalia y los retos para combatir la piratería en alta mar ▶ [56](#) Les sûretés dans leurs rapports avec l'arbitrage ▶ [58](#) Arbitration in Nigeria, Moving Forward? ▶ [64](#) Schéma d'organisation et de fonctionnement de l'OHADA ▶ [68](#) África y América: una mirada desde Chile



71 **Arc of the Law | Panorama Jurídico**
▶ CSR in India: A Paradigm Shift from Benevolence to Obligation

74 **The Wider View | Grand angle | Visión amplia**
▶ Un mecanismo poco utilizado: el reenvío del laudo al tribunal arbitral

80 **My Own Backyard | Autour de moi | Mi entorno**
▶ México: Modificaciones importantes en el área de patentes en la nueva Ley federal para la protección de la propiedad industrial ▶ Nigeria: Contemporary Tax Issues

84 **Legal Spotlight | Brèves juridiques | Breves jurídicos**

86 **Inside the UIA | Au cœur de l'UIA | Novedades de la UIA**
▶ Discovering UIA Podcasts in the UIA Website ▶ El Presidente de la UIA da ponencia en México ▶ Hommage à Sami AKL

90 **After Work | Temps libre | Tiempo libre**





JURISTE INTERNATIONAL

Editorial Policy

The *Juriste International* offers robust and diverse perspectives on subjects of interest to lawyers. The views expressed herein are the views of the authors and do not necessarily imply UIA policy or editorial concurrence. Publication or dissemination of advertising or support of any product, service or organization does not constitute an endorsement.

Politique éditoriale

Juriste International offre des perspectives approfondies et diverses sur des sujets d'intérêt pour les avocats. Les opinions exprimées ici sont celles de leurs auteurs et n'impliquent pas que l'UIA et/ou le Comité éditorial, en les publiant et les diffusant, les partagent, ni les soutiennent. L'UIA n'avalise pas nécessairement le matériel publicitaire ou promotionnel de tout produit, service ou organisation publié ou diffusé par le *Juriste International*.

Política editorial

Juriste International ofrece perspectivas sólidas y diversas sobre temas de interés para los abogados. Las opiniones aquí expresadas son las de sus autores y no implican que la UIA y/o el Consejo Editorial, al publicarlas y difundirlas, las compartan o apoyen. La publicación o difusión de publicidad o soporte de cualquier producto, servicio u organización no constituye un respaldo.

Photos credit | Crédit photos | Crédito fotos

Cover: ©Shutterstock - wael alreweie / P7: ©Shutterstock - William Potter / P11: ©Shutterstock - Rana X / P15: ©Shutterstock - Ihor Nebesnyi / P18: ©Shutterstock - begalphoto / P24: ©Shutterstock - Rawpixel.com / P28: ©Shutterstock - Olivier Le Moal / P30-31: ©Shutterstock - S.Gvozdz / P34: ©Shutterstock - VideoFlow / P39: ©Shutterstock - Kichigin / P44-46: ©Shutterstock - Adwo / P48: ©Shutterstock - Leonid Ikan / P50: ©Shutterstock - DiversityStudio / P51: ©Shutterstock - Jenson / P54: ©Shutterstock - Lucivonu / P61: ©Shutterstock - PhuShutter / P63: ©Shutterstock - Boris15 / P69-70: ©Shutterstock - Daniel M. Ernst / P73: ©Shutterstock - CRSPHOTO / P76: ©Shutterstock - Viorel Sima / P78: ©Shutterstock - Portrait Image Asia / P80: ©Shutterstock - TierneyMJ / P81: ©Shutterstock - Wit Olszewski / P84: ©Shutterstock - V.V.G. / P85: ©Shutterstock - Chaay_Tee / ©Pixabay - Skitterphoto / P87: ©Pixabay - Elf-Moondance

JURISTE INTERNATIONAL

UIA PUBLICATION | PUBLICATION DE L'UIA | PUBLICACIÓN DE LA UIA

Publication Director | Directeur de la publication | Director de la publicación

President Jorge Martí Moreno, Valencia, Spain

Editor-in-Chief | Rédactrice en chef | Redactora jefa

Barbara Gislason, Minneapolis, MN, USA, barbara@gislasonlaw.com

Deputy Editors | Rédacteurs adjoints | Redactores adjuntos

English Language: Steven Richman, Princeton, NJ, USA, srichman@clarkhill.com

French Language: Catherine Peulvé, Paris, France, cpeulve@cplaw.fr

Spanish Language: Laura Collada, Mexico City, Mexico, lcollada@dumont.com.mx

Executive Director | Directrice exécutive | Directora ejecutiva

Marie-Pierre Richard, Paris, France - mprichard@uianet.org

Editors | Éditeurs | Editores

NORTH AMERICA | AMÉRIQUE DU NORD | AMÉRICA DEL NORTE

Pierre G. Bélanger, Ottawa, Canada, pbelange@gmail.com

Gustavo Salas Rodriguez, Cancun, Mexico, gstr@salasysalas.org.mx

Hon. Peter M. Reyes, Jr., Minneapolis, MN, USA, petermreyes@gmail.com

Hon. Tracie Todd, Birmingham, AL, USA, tracie.todd@alacourt.gov

CENTRAL AND SOUTH AMERICA | AMÉRIQUE CENTRALE ET DU SUD | AMÉRICA CENTRAL Y DEL SUR

Juan Eduardo Palma Jara, Santiago, Chile, jpalma@palma.cl

EUROPE | EUROPA

Kato Aerts (*Revenue Officer*), Brussels, Belgium, kato.aerts@lydian.be

Romina Bossa Abiven (*UIA IROL Liaison*), Paris, France, rbossa@uianet.org

Marco Imperiale, Milan, Italy, marco.imperiale@lcalex.it

Paolo Lombardi (*UIA News*), Torino, Italy, paolo.lombardi@elexi.it

Angela Diaz-Bastien, Madrid, Spain, adb@edbalaw.com

Marc Gallardo Meseguer, Barcelona, Spain, mgallardo@rsm.es

Jose Pajares, Madrid, Spain, josepajares@pajaresyassociados.com

Camille Loup, Geneva, Switzerland, camilleloup@gmail.com

Thomas Rudkin (*Young Lawyers*), London, UK, thomas.rudkin@farrer.co.uk

AFRICA | AFRIQUE

Fayçal Driouche, Algiers, Algeria, cabinetdriouche@gmail.com

Christian Lukusa Kantumunda, Kinshasa, Congo (Dem. Rep.), christian@momentumattorneys.com

Olufemi Sunmonu, Lagos, Nigeria, fsunmonu@aliantlaw.ng

Aboubacar Fall, Dakar, Senegal, a.fall@aflegal.sn

ASIA | ASIE

Jansy Wang, Beijing, China, wangxiujuan@anjielaw.com

Joana Alves Cardoso, Macau, China, jac@jac.legal

Ashu Thakur, Mumbai, India, ashu@ataindia.co.in

Yoshihisa Hayakawa, Tokyo, Japan, haya@rikkyo.ac.jp

Jumanah Behbehani, Kuwait City, Kuwait, lawyer_jbehbehani@hotmail.com

OCEANIA | Océanie

Pauline Wright, Gosford, NSW, Australia, pwright@pjdonnellan.com.au

Typesetting and Printing | Composition et impression | Composición e impresión

Evoluprint, Parc Industriel Euronord, 10 rue du Parc, CS 85001 Bruguières, 31151 Fenouillet Cedex

Circulation - Distribution | Tirage - Distribution | Tirada - Distribución

3 000 copies / exemplaires / ejemplares

Union Internationale des Avocats (UIA), 9 rue du Quatre-Septembre, 75002 Paris (France)

Tél. : +33 1 44 88 55 66 - Fax : + 33 1 44 88 55 77 - E-mail : uiacentre@uianet.org

Site Web : www.uianet.org - ISSN : 0758-2471

Follow us





Jorge Martí Moreno

PRESIDENT'S MESSAGE

Dear All,

I hope you are all well. By now, I hope and trust that you are all vaccinated. I know of some who are already on the third dose!

The start date of the UIA 2021 Congress in Madrid is approaching and our excitement is growing. We have visited the different venues for the Forums: the Santoña Palace and the Uría Menéndez Auditorium. The Riu Hotel will host the Congress sessions and has magnificent facilities and an ideal location. Do not forget to go up to the terrace on the 27th floor to enjoy a 360° view of Madrid.

The effort and commitment of the local organizing committee have been great. Special mention should be made to Urquiola de Palacio and Carlos Fatás Mosquera, who have gone out of their way to ensure the success of our Congress.

Two important delegations have confirmed their attendance. On the one hand, we will work together with our Mexican colleagues, who will come in great numbers, to make sure that our UIA 2021 Congress includes an emotional memory of Guadalajara and Mexico.

On the other hand, our colleagues from Senegal have a large delegation that is coming to enjoy the UIA Madrid 2021 Congress and that will continue preparing for the UIA Dakar 2022 Congress.

Registrations are on the rise and Covid restrictions are on the decline. Let's hope it continues like this and we can hold a Congress prudently and safely, but at the same time enjoying seeing each other.

I look forward to seeing you in Madrid!

LE MOT DU PRÉSIDENT

Chers Tous,

J'espère que vous allez tous bien et que vous êtes maintenant tous vaccinés. J'en connais certains qui en sont déjà à la troisième dose de vaccin !

La date de début du Congrès UIA 2021 à Madrid approche et notre enthousiasme grandit. Nous avons visité les différents lieux des Forums : le Palais Santoña et l'Auditorium Uría Menéndez, l'Hôtel Riu où se tiendront les sessions du Congrès et qui dispose de magnifiques installations et d'un emplacement idéal. N'oubliez pas de monter sur la terrasse du 27^e étage pour profiter d'une vue à 360° sur Madrid.

Les efforts et l'engagement du comité d'organisation local ont été formidables. Une mention spéciale doit être faite à Urquiola de Palacio et Carlos Fatás Mosquera qui se sont donné beaucoup de mal pour assurer le succès de notre congrès.

Deux délégations importantes ont confirmé leur participation. D'une part, nos collègues mexicains qui viendront en grand nombre. Ensemble, nous veillerons à ce que dans notre Congrès UIA 2021, il y ait une célébration émouvante de Guadalajara et du Mexique.

D'autre part, nos confrères du Sénégal. Une importante délégation viendra profiter du Congrès UIA Madrid 2021 et poursuivre les préparatifs du Congrès UIA Dakar 2022.

Les inscriptions sont en augmentation et les restrictions Covid se réduisent. Espérons que cela continue dans ce sens et que l'on puisse tenir un Congrès sous le mot d'ordre de la prudence, en toute sécurité mais également en prenant plaisir à se voir. Je vous attends tous à Madrid !

MENSAJE DEL PRESIDENTE

Queridos todos:

Espero que estéis todos bien. A estas alturas, deseo y confío en que todos estéis vacunados. ¡Sé de algunos que ya van por la tercera dosis!

La fecha de inicio del Congreso UIA 2021 en Madrid se acerca y nuestra emoción va en aumento. Hemos visitado las distintas sedes para los Foros: el Palacio de Santoña y el Auditorio de Uría Menéndez. El Hotel Riu acogerá las sesiones del Congreso y tiene unas magníficas instalaciones y un emplazamiento ideal. No os olvidéis de subir a la terraza en el piso 27 para disfrutar de una vista de Madrid de 360°.

El esfuerzo y compromiso del comité local organizador ha sido grande. Mención especial merecen Urquiola de Palacio y Carlos Fatás Mosquera que se han desvivido para asegurar el éxito de nuestro congreso.

Me han confirmado la asistencia de dos importantes delegaciones. Por un lado, nuestros colegas mexicanos que vendrán en gran número y entre todos nos aseguraremos de que en nuestro Congreso UIA 2021 haya un recuerdo emotivo a Guadalajara y a México.

Por otro lado, nuestros colegas de Senegal. Vendrá una gran delegación para disfrutar del Congreso UIA Madrid 2021 y seguir adelante con las preparaciones del Congreso UIA Dakar 2022.

Las inscripciones van en aumento y las restricciones Covid van a la baja. Esperemos que siga así y podamos celebrar un Congreso con prudencia, de forma segura, pero a la vez disfrutando de vernos.

¡Os espero a todos en Madrid!



Barbara Gislason

EDITORIAL

"Those people – if you only knew what they could do – the power they have," said an attractive James Bond character in the movie *"Spectre."* Though an unlikely inspiration for this editorial, the above dialogue may capture our collective fear following the two unsettling exposes on 3 October 2021.

First there was the publications of the Pandora Papers, consisting of 11.9 million documents that revealed disturbing information about politicians from 90 countries, as well as billionaires, business leaders, and celebrities. This publication was reminiscent of what we learned from the 11.5 million Panama Papers in 2016. Deputy Editor Steven Richman will take the lead on a discussion about this under "What Matters" in our next issue.

On 3 October, *60 Minutes* earned its investigative reputation with the interview of whistleblower Francis Haugen about Facebook. Haugen's explosive interview was quickly followed by her riveting Congressional testimony, backed up by extensive records, about Marc Zuckerberg and his companies' fiscal priorities, astronomical profits, the platforms' addictive qualities, and adverse effects on children's mental health, as well as how they harmed both the social fabric and democracies by fomenting negative emotions. To my ears, the corporate defense on news outlets seemed as follows: 1) conceptualize

a genii algorithm (with no mention of implicit biases and hard baked financial incentives), 2) it got out of the bottle, 3) "it is no one's fault, really," 4) we invested a tiny fraction of our revenue to try to help, and 5) "mumble grumble... mumble grumble." But perhaps you heard the defense differently. We will of course discuss this subject more and follow the money in the coming issues and welcome your learned input.

This issue reveals the dramatic progress on the African continent, and you will learn here about the Rule of Law, digital infrastructure, intellectual property, foreign investments, local empowerment, ADR, and more. My special thanks to and French Deputy Editor, Catherine Peulvé and editor Aboubacar Fall from Senegal, Christian Lukusa from the Democratic Republic of the Congo, Olufemi Sunmonu from Nigeria, and Fayçal Driouèche from Algeria, and Pierre Bélanger from Canada. As I close, I say from my heart, nothing could be better than seeing the editorial board, and other UIA friends and colleagues at our Madrid Congress this month. I have missed you so.

L'ÉDITO

« Ces gens, si vous saviez ce qu'ils peuvent faire... le pouvoir qu'ils ont », dit un séduisant personnage de James Bond dans le film *Spectre*. Bien qu'il s'agisse d'une inspiration improbable pour cet éditorial, le dialogue ci-dessus peut illustrer notre peur collective à la suite des deux révélations troublantes du 3 octobre 2021.

Il y a d'abord eu la publication des *Pandora Papers*, composés de 11,9 millions de documents qui ont révélé des informations inquiétantes sur des hommes politiques de 90 pays, ainsi que sur des milliardaires, des chefs d'entreprise et des célébrités. Cette publication n'est pas sans rappeler ce que nous avons appris des 11,5 millions des *Panama Papers* en 2016. Le Rédacteur en chef adjoint, Steven Richman, dirigera une discussion à ce sujet dans la rubrique « L'essentiel » de notre prochain numéro.

Le 3 octobre, l'émission *60 Minutes* a confirmé sa réputation de journalisme d'investigation à la suite d'un entretien avec un lanceur d'alerte, Francis Haugen, au sujet de Facebook. L'interview explosive de Haugen a été rapidement suivie par son témoignage fascinant devant le Congrès, étayé par de nombreux documents, sur les priorités fiscales de Marc Zuckerberg et de ses entreprises, les bénéfices astronomiques, les qualités addictives des plateformes, leurs effets néfastes sur la santé mentale des enfants, ainsi que la façon dont ils nuisent à

Barbara J. GISLASON • Editor-in-Chief, Juriste International, Rédactrice en chef, Juriste International, Redactora Jefe, Juriste International • barbara@gislasonlaw.com

“ Ce numéro présente certaines des avancées spectaculaires réalisées sur le continent africain. Vous y trouverez des informations sur l’État de droit, l’infrastructure numérique, la propriété intellectuelle, les investissements étrangers, l’autonomisation locale, le règlement extrajudiciaire des litiges, etc. ”

la fois au tissu social et aux démocraties en fomentant des émotions négatives... À mes yeux, la défense de l’entreprise dans les organes de presse semblait être la suivante : 1) conceptualisation d’un algorithme de génie (qui ne mentionne pas les préjugés et les incitations financières implicites) ; 2) le génie est sorti de la bouteille ; 3) « *ce n’est la faute de personne, vraiment* » ; 4) nous avons investi une infime partie de nos revenus pour essayer... d’aider ; et 5) « *marmonnements et grognements...* ». Mais peut-être avez-vous perçu la défense différemment. Bien entendu, nous discuterons davantage de ce sujet en suivant l’argent à la trace dans les prochains numéros et nous vous invitons à nous faire part de vos commentaires éclairés.

Ce numéro présente certaines des avancées spectaculaires réalisées sur le continent africain. Vous y trouverez des informations sur l’État de droit, l’infrastructure numérique, la propriété intellectuelle, les investissements étrangers, l’autonomisation locale, le règlement extrajudiciaire des litiges, etc. Je remercie tout particulièrement Catherine Peulvé, Rédactrice en chef adjointe, Aboubacar Fall du Sénégal, Christian Lukusa de la République démocratique du Congo, Olufemi Sunmonu du Nigeria, Fayçal Driouèche d’Algérie et Pierre Bélanger du Canada. Et pour finir, je vous dis du fond du cœur que rien ne saurait me faire plus plaisir que de revoir en personne le comité de rédaction et d’autres amis et confrères de l’UIA lors de notre congrès de Madrid ce mois-ci. Vous m’avez tellement manqué !

➤ EDITORIAL

“Esas personas, si supieras lo que son capaces de hacer, el poder que tienen” algo así decía un atractivo James Bond en la película *Spectre*. Aunque sea una fuente de inspiración un poco peculiar para este editorial, estas palabras bien podrían representar nuestro temor colectivo tras las dos inquietantes revelaciones del 3 de octubre de 2021.

Primero fueron las publicaciones sobre los papeles de Pandora: 11,9 millones de documentos que revelaron una información inquietante de políticos de 90 países, además de multimillonarios, dirigentes de empresas y famosos. Esta publicación recordaba lo que aprendimos de los 11,5 millones de documentos de los papeles de Panamá en 2016. El Redactor Adjunto Steven Richman presentará un debate sobre el tema dentro del reportaje “Lo importante” de nuestro próximo número.

El 3 de octubre, *60 Minutes* se ganó su reputación investigadora con la entrevista a Francis Haugen y su denuncia a Facebook. La entrevista explosiva a Haugen fue inmediatamente seguida de su testimonio ante el Congreso, ampliamente documentado, sobre Marc Zuckerberg y las prioridades fiscales de sus empresas, sus beneficios astronómicos, las características adictivas de sus plataformas y los efectos adversos que tienen en la salud mental de los menores, así como sobre cómo perjudican al tejido social y las democracias fomentando las emociones negativas. Tal como la entendí, la defensa de la empresa en los canales de noticias parecía ser la siguiente: 1) conceptualización del algoritmo genio (sin mención alguna a los ses-

gos y los incentivos financieros implícitos), 2) salió de la lámpara, 3) “*no es culpa de nadie, realmente*” 4) invertimos una pequeña parte de nuestros ingresos en tratar de ayudar, y 5) balbuceos y refunfuños. Pero es posible que ustedes entendieran la defensa de otro modo. Comentaremos, por supuesto, este tema en más profundidad y seguiremos las cifras en los próximos números, así que apreciaremos que compartan todo lo que sepan al respecto.

Este número revela los impresionantes avances en el continente africano y les permitirá saber más sobre el Estado de derecho, la infraestructura digital, la propiedad intelectual, las inversiones extranjeras, el empoderamiento local, ADR y mucho más. Mi agradecimiento especial a la Redactora Adjunta de lengua francesa, Catherine Peulvé y los editores Aboubacar Fall de Senegal, Christian Lukusa de la República Democrática del Congo, Olufemi Sunmonu de Nigeria y Fayçal Driouèche de Argelia, y a Pierre Bélanger de Canadá. Para terminar, debo decir de todo corazón que no podría haber nada más agradable que ver al comité de redacción, así como a otros amigos y compañeros de la UIA, en nuestro Congreso de Madrid este mes. Les he echado mucho de menos.



Videsha Proothveerajh

The Professional

Steven M. Richman, Deputy Editor - Juriste International, spoke with Videsha Proothveerajh, CEO and Chairperson of the Board LexisNexis Africa. Videsha introduced him to the LexisNexis projects in South Africa.

➤ Steven M. Richman, Rédacteur Adjoint - Juriste International, s'est entretenu avec Videsha Proothveerajh, Directrice Générale et Présidente du Conseil LexisNexis Afrique du Sud. Videsha lui a présenté les projets de LexisNexis en Afrique du Sud.

➤ Steven M. Richman, Redactor Adjunto - Juriste International, habló con Videsha Proothveerajh, Directora General y Presidenta de la Junta Directiva de LexisNexis Sudáfrica. Videsha le presentó los proyectos de LexisNexis en Sudáfrica.

Steven Richman (SR): Videsha, it is a pleasure to speak with you about your observations and experiences in Africa. Africa, or perhaps more accurately the African continent, is less one region than several distinct regions: MENA, Sub-Saharan Africa, East Africa, West Africa, and South Africa – and even at that, there are differences. If you had to describe “commercial Africa,” how would you do so in terms of the different regions?

Videsha Proothveerajh (VP): First, let me say that I am ridiculously positive about the continent. From a commercial perspective, Africa is the last frontier. Commercial industry in South Africa is like other major cities in the world, while different from other cities.

Ours is a continent of 54 countries, over 1,500 languages, massive diversity in income levels, resource make-up, infrastructure development, educational levels, and business sophistication. Our two distinct geographic regions are South and Sub-Saharan Africa (SSSA) and North Africa. There are significant cultural and ethnic differences across the two regions.

In each of the “main” regions, there is a dominating country. In North Africa – Egypt, in West Africa – Nigeria, in East Africa – Kenya, and in Southern Africa – South

Africa. The regions, and indeed the different states, have starkly different economies existing side-by-side. In East Africa, we have the fledgling South Sudan sharing a border with Kenya and Uganda, countries with well-developed commercial systems. “Commercial Africa” has very well-developed systems in certain countries in the areas of banking, telecommunications, legal services, agriculture, and manufacturing. Yet still, Africa’s “commercial” arena remains poorly understood and understated by many companies outside the continent due to its perceived complexity, conflicts, and corruption problems. While all countries have this problem, this view is rather unfortunate and represents a missed opportunity for many businesses.

The continent struggles with a need for serious governance and to leave behind the baggage of colonial dominance. Instead, leaders’ efforts would be better focused on growth. For example, in East Africa, Kenya is the shining star. In West Africa, we have Nigeria. South Africa remains a gateway to Africa. Northern Africa has Egypt, which is pulling itself out of political unrest after having to take a few steps back.

Across the continent, we are no longer interested in “saving Africa,” but rather, “saving ourselves.” Countries are better harnessing technology and moving faster to leapfrog to developed markets. However, there are certainly troubled regions and countries facing challenges, particularly Ethiopia, Nigeria, and the Sudans. It is not all happiness and sunshine. The regions and individual nations have their cultural nuances and uniqueness.

SR: LexisNexis has moved far beyond its original reputation as a legal research company and led the way in technological innovation. How would you describe Africa (again, bearing in mind the diversity of the continent) in terms of e-commerce?

VP: Africa is a land where necessity has driven commerce. African e-commerce is growing in leaps and bounds. One factor that lends itself to this trend is a vast digital audience due to Africa having the youngest and second largest population in the world.

Internet penetration, too, has risen sharply in the last five years due to the arrival of undersea cables, investment from Telecoms providers, and the proliferation of mobile devices on the continent. More than 80% of the population has a mobile phone, with 50% of these being a smartphone! A myriad of digital payments and mobile money solutions have been developed to meet the needs of the unbanked in Africa.

LexisNexis has the opportunity to affect the lives of people and leave a legacy. If a company can use the resources that we have and change a country and the continent, it feels like magic to us. Our vision at LexisNexis Africa, which is part of the RELX group, is to enhance the potential of the African continent by advancing the Rule of Law. We believe the African continent has huge potential and the advancement of the Rule of Law plays a major role in manifesting that potential.

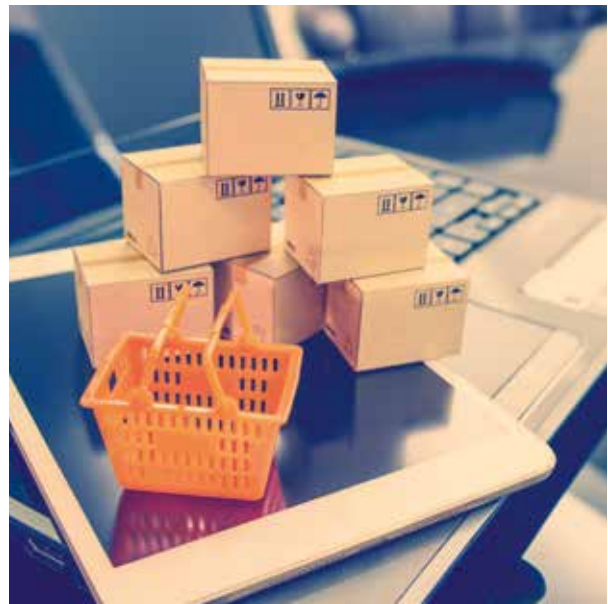
The paradigm has shifted from “should we invest in Africa” to “managing the risk of not being in Africa”. Despite the challenges, Africa is a land of great opportunity. It is young, fast growing, and the fastest urbanising region in the world. It has a population of 1.3 billion, forecast to grow another one billion in 20-30 years. This will make it the largest working population in the world, with 50% of that population under the age of 19. Innovation is seen as the panacea to overcome the continent’s legacy challenges and ensure its citizens can actively engage in the global economy. It is the decade of the African consumer, with consumer spending expected to rise to over \$2.1 trillion by 2025.

The growth experienced by the continent from many perspectives is more sustainable than in the past. This new paradigm is likely driven by a culture of innovation, consumption, a growing “middle class”, urbanisation, and strong infrastructure needs. Rapid technology adoption makes the continent fertile ground for innovation and provides the opportunity to move economies into emerging markets. There is a lot of “building” on the go, but the long-term rewards for those commercial companies that invest early in the curve will be very lucrative.

There is a major trend of Africans building for Africa, and in doing so, Africa has managed to find its own way to respond to the unique challenges it faces in reaching markets through innovations like Mpesa and other digital payment methods. There are a plethora of entrepreneurs explicitly targeting Africa’s unmet demand.

Nigeria, South Africa, Kenya, Morocco, and Egypt are the largest economies on the continent. Companies like Jumia (Nigeria), Konga (Nigeria), Takealot (South Africa), and Kilimall (Kenya) are well known. An online store called Zando is owned by Jumia. M-Kopa provides off-grid solar-power kits for rural households financed by mobile money.

The most popular shopping apps in Africa are Jumia Online Shopping heads, which leads the rankings and is second to Souq in Egypt. Souq.com is an Amazon company and the largest e-commerce platform in most Arab-speaking African countries. In South Africa, Shein, a Chinese fashion



brand, is most popular. Rwanda has executed a complete automation of the tendering system, which allows for total transparency of the process and eliminates misconduct and corruption.

Despite the growth trajectory, e-commerce in Africa, even in major markets, is still under the global average. Compared to the worldwide 74% average, recent data plots Egypt at 56% and South Africa at 51% for online purchases. Having said that, as previously mentioned, there is a steady improvement in this sector’s growth with countries like Nigeria, South Africa, Kenya, and Egypt getting ahead of the pack and really developing this industry.

The inclusion of e-commerce on the agenda of the African Continental Free Trade Area (AfCFTA) should pave the way for African countries to set rules to facilitate more regional, cross-border e-commerce. AfCFTA offers an opportunity for consolidating e-commerce rules and regulations across the continent and openly discussing disagreements. This is an opportunity for Africa to become a global player in trade and have the voice of the continent heard.

SR: Business and human rights is a core focus of LexisNexis and other companies doing business globally. As we mark the tenth anniversary of the UNGP on Business and Human Rights, do you see progress?

VP: For business to flourish, companies need to be seen as good corporate citizens. There are many good role models on the continent, and LexisNexis likes to consider itself one of them. Governments and companies are promoting anti-slavery practices addressing basic human rights regarding child labor, as well as access to information, access to communication, and internet connectivity. The East Africa Law Society took on the Ugandan government for blocking access, as have Tanzania and Burundi.

Through RELX, respected businesses oppose slavery and human trafficking. Like other good corporate citizens, LexisNexis is a signatory to the United Nations

Global Compact (UNGC) and supports its Ten Principles related to human rights and fair and nondiscriminatory labor practices. Corporate policies are also based on the Universal Declaration of Human Rights, the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, and the Women’s Empowerment Principles. Corporations must have robust human rights due diligence processes in place, with all employees having an obligation to conduct business with integrity, with respecting human rights being pivotal. We have a governance structure in place to support this very important objective.

LexisNexis has collaborated extensively with the United Nations to advance the Rule of Law. In 2013, we worked with the UN Secretary General, Ban Ki-moon, to develop the Business for the Rule of Law Framework, and jointly launched the Framework in 2015. Since then, we have engaged business leaders around the world in proactively impacting the Rule of Law. RELX, too, is one of three businesses serving in the UN Global Alliance to facilitate SDG 16 reporting. By promoting accountability on SDG 16 progress, peaceful and just societies will emerge.

In addition to these efforts, on a local level, we launched the first South African Rule of Law Café last year that brings together industry advocates for business and equality to discuss issues around access to the Rule of Law.

The Guiding Principles of protect, respect, and remedy are alive and thriving in different measures in Africa. Companies like the RELX group and LexisNexis are role models in setting the tone and actively pursuing a business world, and a larger world where human rights are defined concretely with actionable steps for governments and companies to meet their respective duties and responsibilities to prevent human rights abuses in company operations, and provide remedies should such abuses take place.

SR: Two of the continent’s economic powerhouses, South Africa and Nigeria, remain anchored to political unrest. How has the business community dealt with this, and what is the threat (or opportunity) for business in these unstable environments?

VP: The turbulence, both economic and political, in parts of Africa in recent years has affected the continent’s growth trajectory, but it has not derailed the continent’s growth story. There is much that governments must do to improve the fitness of Africa’s economies, including accelerating infrastructure development, deepening regional integration, creating tomorrow’s talent, and ensuring healthy urbanization.

But the private sector’s role is just as important. Large companies, both African-owned and global, must be front and center in the continent’s march toward prosperity. LexisNexis spoke out strongly against the recent civil unrest, which undermined the Rule of Law in South Africa, inflicted damage on the economy, and led to a deeply concerning loss of lives and livelihoods. The focus now is on rebuilding South African businesses, and we have been devoted to that effort.

Some of our efforts have included the launch of our Rebuilding and the Rule of Law platform that provides access to content such as pertinent primary law and expert commentary and guidance around topics such as financing options for rebuilding and recovery, disaster management, insurance claims, violent protests, loss of intellectual property, data breaches, cyber-crimes and security, and rights and duties of Community Policing Fora members, particularly relating to civilian neighbourhood patrols. We took our efforts further when we noticed that Small, Medium and Micro Enterprises (SMMEs) were grappling with the legal impact of the recent civil unrest in South Africa. Through our partnership with NGO, ProBono.Org, which works with the private legal profession to provide pro bono legal services to the poor and vulnerable, we have been able to offer a complimentary virtual consultation with an attorney for impacted business owners.

One main threat is to the livelihood of people in countries where political instability is present. Much of the political instability is due to socio economic challenges, poor service delivery, extreme poverty, economic stagnation, high unemployment, and environmental degradation. The private sector can work with the government and partners to assist in addressing these issues, promote inclusive development, reduce inequalities, tackle unemployment, and bridge the gaps. This will lead to an unearthing of massive potential in Africa, which will lead to stakeholder gains. Africa is a country where necessity drives much innovation. Businesses in Africa have the power and opportunity to innovate, disrupt, and leapfrog themselves and the continent into prosperity, if they have staying power and local knowledge. Coming up with models is what the continent needs.

SR: It is a given that the adherence to the Rule of Law is quintessential for attracting business and investment into a jurisdiction. As a business operating on the African continent, what are the current bright spots in Africa? What are the red flags?

VP: Some countries in Africa, unfortunately, have had a reputation for corruption. But among global companies, good companies seek to protect their employees from these pressures. The African GDP for Western, Eastern, and Southern Africa is expected to reach a combined GDP of \$29 trillion by 2050; however not all countries share in that production equally. The advancement of the Rule of Law affects a country’s success.

The World Justice Project provides a Rule of Law Index covering over 120 countries and jurisdictions. The Index is based on surveys of more than 120,000 households and 4,000 legal practitioners. These surveys measure the Rule of Law based on factors such as constraints on government powers, the protection of fundamental rights, and regulatory enforcement.

The LexisNexis team correlated these Rule of Law rankings with economic and social indicator data. Along the horizontal axis, we plotted countries based on their Rule of Law Index scores, measured by the World Justice Project.

Along the vertical axis, we plotted countries based on several quality-of-life metrics. High Rule of Law is correlated with high GDP per capita and high life expectancy. In countries where the Rule of Law is stronger, child mortality rates and corruption rates are lower. According to our research, if the Rule of Law strengthens by 10% around the world, GDP could increase by more than \$7,000 per person, crime could drop by 30%, infant mortality could improve by over 30%, and life expectancy could increase by more than two years. This data also shows that without the Rule of Law, economies have a hard time developing, and the citizens of those nations suffer disproportionately.

The World Justice Project Rule of Law Index® measures how the Rule of Law is experienced and perceived in 128 countries and jurisdictions worldwide. Regionally, Sub-Saharan Africa's top performer is Namibia (35th out of 128 countries globally), followed by Rwanda, Mauritius, and Botswana. The three countries with the lowest scores were Mauritania, Cameroon, and the Democratic Republic of the Congo (126th out of 128 countries globally). South Africa's score places it at 5th out of 31 countries in the Sub-Saharan Africa region.

As Africa's economies boom, red flags are the attacks on cybersecurity and of financial malware. However, countries are fighting back, and in Kenya, attacks decreased in the first half of 2021.

Africa is making big strides in certain areas, but for countries to become more competitive, the focus must be on excelling in all 12 pillars of global competitiveness, as well as advancing the Rule of Law (Institutions, Infrastructure, ICT Adoption, Macroeconomic Stability, Health, Skills, Product Market, Labour Market, Financial System, Market Size, Business Dynamism, and Innovation Capability.)

The Rule of Law provides business and commercial activity with security, stability, good governance, lack of corruption, consistency, and accountability. These are all essential to reduce threats to investment and to promote economic activity. The bright spots are endless for entrepreneurs ready to solve problems and innovate to meet Africa's unmet needs. There is tremendous opportunity for growth.

Education is critical for advancement. In South Africa alone, the education budget is one of the largest on the continent, although much of the population remains illiterate, and particularly digitally illiterate. The digital gender divide is high in Sub-Saharan Africa, and this is yet another opportunity for us to ensure women take their rightful places in Africa's growth story.

SR: What are some of the efforts in the Rule of Law that are taking shape within Africa that LNSA is driving?

VP: Here are our core projects regarding Africa:

- Ethiopia Tax Law Project
- Sierra Leone LexisScribe Project
- LexisNexis Property Rights Kiosk
- East Africa Law Society (EALS) Strategic Partnership
- Africa Legal Strategic Partnership

You can learn more about our efforts at lexisnexis.co.za.

SR: What is the Rule of Law Foundation?

VP: In 2019, we launched the Rule of Law Foundation to advance the Rule of Law through projects and advocacy. Since then, we have partnered with organizations in over 30 countries and conducted 67 initiatives. The purpose of the Rule of Law Foundation is to enable access to justice in developing economies. We support these foundation efforts by publishing laws in 50+ developing economies, including digitizing them for the first time in a country's history. This creates transparency about the law. We also train judges and run mobile courts and legal clinics in remote locations to promote judicial independence. For example, in 2019, we digitized and provided 24/7 access to ten years of Sierra Leone's laws. In addition to our commercial operations, we advance the Rule of Law through non-profit initiatives.

SR: What advice would you give to our readers as to how they can become involved?

VP: Lawyers on the continent need help in many areas, including the areas of tax, sustainable growth, and human rights perspectives. Our lawyers are on the ground working to keep child labor out of the work force, reduce child marriages, ensure our next generation of leaders have access to education, and create a fertile ground for innovation that brings returns to the continent etc. We do not have the time it takes to put together massive, effective, continuing legal education programs with required stakeholders. These have been done successfully in other parts of the world and Africa would love to benefit from the experience and IP that exists instead of having to build our programs from scratch. We always appreciate and promote educational programming on a variety of topics.

SR: Any concluding comments?

VP: The most successful companies are those that work on the ground with Africans, building mutually beneficial partnerships: companies and stakeholders with a shared vision. Africa is not for the faint of heart. Companies that embrace the culture, and build sustainable business that gives back to the continent, will do better than those that simply exploit the economics. We call the latter "fly by nighters".

For LexisNexis, to make our vision a reality, to change the paradigm and narrative of Africa from one of poverty and corruption to one of abundance and inherent ethical business practices, to move communities, cities, countries and a continent forward in order to ensure Africa takes its rightful place on the global stage, we know it is a journey with winding roads and many unknowns. However, we are in it for the long haul, with many who share the vision and walk the path less trodden with us, and together we will unearth and enhance the potential of the African continent by advancing the Rule of Law, daily! ■

Covid-19 en el contexto del derecho humano al agua y al saneamiento

HÉCTOR HERRERA ORDOÑEZ



➔ Hand washing is essential to contain the spread of Covid-19 and many others infectious diseases. Unfortunately, almost three billion people in the world do not know how to wash their hands¹. Making effective the human right to safe drinking water and sanitation helps prevent the death and disease of millions of people, such as those caused by Covid-19, particularly in developing countries.

➔ Le lavage des mains est essentiel pour contenir la propagation de la Covid-19 et bien d'autres maladies infectieuses. Malheureusement, près de trois milliards de personnes dans le monde ne peuvent pas se laver les mains². Rendre effectif le droit humain d'accès à l'eau potable et à l'assainissement, aide à prévenir la mort et les maladies de millions de personnes, comme celles causées par la Covid-19, notamment dans les pays en développement.

En noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas adoptó la Observación General No. 15 sobre el derecho al agua, estableciendo en su Artículo 1.1 que *"El derecho humano al agua es indispensable para una vida humana digna"*. Dicha Observación define el derecho humano al agua como *"el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico"*.

La Asamblea General de las Naciones Unidas en su 108ª sesión plenaria del 28 de junio de 2010, adoptó la resolución A/RES/64/292 mediante la cual *"1. Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho*

humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos; ..."

Nótese que esa resolución de las Naciones Unidas no se limita a reconocer el acceso al agua potable y saneamiento solo como un derecho humano, sino que va más allá y reconoce que dicho derecho al agua potable y saneamiento es esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. A pesar de que esta resolución no tiene carácter vinculatorio, representa la voluntad de los gobiernos en avanzar en el reconocimiento y desarrollo de estos derechos. Estamos de acuerdo en que el derecho al agua potable y al saneamiento están implícitos en los derechos humanos a la vida y la salud y, por tanto, aunque la legislación de los países miembros de las Naciones Unidas no prevea de manera expresa el derecho humano al agua potable y saneamiento, dicho derecho debe considerarse implícito en los derechos humanos referidos en este párrafo y, por tanto, objeto de tutela jurídica por parte de todos los países. Independientemente de lo anterior, consideramos que, para la efectiva protección del derecho humano al agua potable y al saneamiento, es deseable que la legislación de todos los países donde ese derecho no es efectivo, lo reconozca de manera expresa.

El derecho al agua debidamente potabilizada no está expresamente reconocido como un derecho humano independiente en los tratados internacionales. Sin embargo, las normas internacionales de derechos humanos comprenden obligaciones específicas en relación con el acceso al agua potable. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas aprobó su Observación No. 15 sobre el derecho al agua definido como *"el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico"*,³ cuyo contenido, en esencia, fue adoptado por la Consti-

1. United Nations. World Water Day, 22 March, <https://www.un.org/en/observances/water-day>.

2. Id.

3. Naciones Unidas, *El derecho humano al agua y al saneamiento, Decenio Internacional para la Acción 'El Agua fuente de vida' 2005-2015*. http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water-shtml.



tución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la reforma a su Artículo 4º de febrero de 2012.

Según UNICEF, el 40% de la población mundial, alrededor de tres mil millones de personas, no tiene instalaciones de lavado de manos con agua y jabón en sus hogares. Casi las tres cuartas partes de las personas en los países menos desarrollados carecen de estas instalaciones básicas. Además, 47% de las escuelas carecen de instalaciones para lavarse las manos con agua y jabón lo que afecta a 900 millones de niños en edad escolar. La mitad de las escuelas en los países menos desarrollados no tienen lugar para que los niños se laven las manos. Asimismo, el 16% de las instalaciones de atención médica, o alrededor de una de cada seis, no tienen baños funcionales ni instalaciones para lavarse las manos en ninguno de los puntos de atención donde se trata a los pacientes.⁴

Dado que lavarse las manos con jabón y agua limpia es vital en la lucha contra la Covid-19, es indispensable que, los Gobiernos de todo el mundo proporcionen acceso al agua potable a las poblaciones más vulnerables. Los relatores de Naciones Unidas piden a los Gobiernos que prohíban de inmediato los cortes de agua a quienes no puedan pagar las facturas y que proporcionen agua de manera gratuita mientras dure la crisis a las personas más desfavorecidas.⁵

4. Naciones Unidas. Noticias ONU. *Tres mil millones de personas no tienen como lavarse las manos para protegerse del coronavirus. Los datos.* <https://news.un.org/es/story/2020/03/1471171>.

5. Naciones Unidas. Noticias ONU. *Coronavirus, cambio climático, agua...* Las noticias del lunes. 23 de marzo de 2020. *Los Gobiernos deben garantizar el acceso a agua limpia para luchar contra el Covid-19.* <https://news.un.org/es/story/2020/03/1471582>.

El suministro de agua potable y saneamiento es un factor significativo en la salud de la población, su acceso reduce la mortalidad y la morbilidad, especialmente la infantil. La falta de ella ocasiona, en gran medida, las enfermedades de transmisión hídrica como la hepatitis viral, la fiebre tifoidea, cólera, tracoma, disentería y otras causantes de diarrea. La problemática del suministro de agua potable es también un tema de justicia en virtud de que, lo suyo de cada quien, incluye el innegable derecho a la vida y la salud, el cual a su vez implica el derecho de todas las personas al suministro de agua debidamente potabilizada, de tal manera que, si ese derecho no se hace efectivo para todos, como actualmente sucede en muchos países, entonces estamos ante una situación de denegación de justicia en materia hídrica y de derechos humanos.

Por lo expuesto, es claro que, hacer efectivo el derecho humano al agua potable y al saneamiento, contribuye a evitar la muerte y enfermedades de millones de personas, tales como las causadas por la Covid-19, particularmente en países en desarrollo. ■

[...] Para la efectiva protección del derecho humano al agua potable y al saneamiento, es deseable que la legislación de todos los países donde ese derecho no es efectivo, lo reconozca de manera expresa.

Héctor HERRERA ORDOÑEZ

Partner, Herrera y Sato, S.C.

México City, México

h.herrera@herrera-sato.com

There is Something Missing from the African Peace Process: Women

NANCY KAYMAR STAFFORD



Malgré quelques femmes notables chefs d'État et de gouvernement, le besoin de plus de femmes dans le leadership en Afrique demeure. S'il est un domaine dans lequel l'implication des femmes reste déficiente c'est celui des négociations pour les processus de paix sur le continent. Cet article explore ce sujet à la lumière des conventions pertinentes et exhorte à ce que l'implication des femmes dans les processus de paix devienne une réalité immédiate et non une aspiration à long terme.

A pesar de que en África algunas mujeres se destacan como jefas de estado y de gobierno, la necesidad de incrementar la presencia de las mujeres en puestos de liderazgo sigue existiendo. Uno de los ámbitos en el que la participación de las mujeres sigue siendo especialmente deficiente es el continente en las negociaciones de procesos de paz. Este artículo explora este tema a la luz de las convenciones aplicables e insta a que la presencia de las mujeres en este tipo procesos se convierta en una realidad inmediata y no en una aspiración a largo plazo.

The masculine narrative has guided the development of the African continent. From the colonialization of Africa by Europeans in the 15th century through the independence of African nations in the mid-20th century, men have dominated the political, social, and economic discourse and decision making. Despite women achieving a handful of presidencies on the African continent,¹ an historical social construct that favors males, based on the assumption that they are superior or inherent leaders, leaves little room for women at the table. However, leadership at the top level is not enough. There is a need for women across the spectrum of decision-making.

According to noted national security expert Joan Johnson-Freese, *"there's a 20 per cent increase in the*

probability of a peace agreement lasting at least two years and a 35 percent increase in the probability of that peace agreement lasting 15 years if women are at the negotiating table".² Notwithstanding this, there continues to be a dearth of women present during peacemaking and peacekeeping activities. This is especially true when we are speaking about peace processes in Africa. The United Nations (UN) and other regional and international organizations have been unable to rectify this situation.

There are two reasons for this. First, it is not a real priority on the international agenda, despite all the postulating and platitudes surrounding the issue. Second, the efforts to address bringing women to the table have been mired by using a "kitchen sink" approach. That is, trying to solve all issues related to women, peace, and security in the same effort. This is no longer acceptable. The *status quo* of men as the leaders of peace prevention, peacemaking, and peacekeeping must be abolished. The pace of change has been too slow. It has been 20 years since UN Security Council Resolution 1325 (on women, peace, and security) was passed, and the needle has barely moved. The *status quo* is simply not acceptable.

African Women in Leadership

Prior to colonialism, many African women had leadership roles in their communities. They may not have had the ultimate power in a village, but they were important members of the family unit and the society. This may be traced to tribal traditions. Regardless of their pre-colonialism societal roles or political activities, women's abilities were usually ignored by the colonial authorities, who turned to the men when establishing local government and leadership posts.

During colonialism, women worked in subsistence farming, while men engaged in wage labor or worked in the cash crop sector. Thus, the genders experienced colonialism differently, with the men obtaining a greater ability for economic advancement. This discrimination against women

1. See, e.g., Sahle-Work Zewde, President of Ethiopia (2018-present), Rose Christiane Ossouka Raponda, Prime minister of Gabon (2020-present), Dogbé Tomegah, Prime Minister of Togo (2020-present), Ellen Johnson Sirleaf, President of Liberia (2006-2018), Joyce Hilda Banda, President of Malawi (2012-2014), Ameenah Gurib-Fakim, President of Mauritius (2015-2018).

2. Bhardwaj, Gitika and Joan Johnson-Freese, *"20 Years Promoting Women in Peace and Security"*, Chatham House, 6 March 2020, available at: <https://chathamhouse.org/2020/03/20-years-promoting-women-peace-and-security> (viewed 1 December 2020).

served to increase the consciousness of women's common struggle and made them key players in anticolonial struggles.

That bias continues today. According to the Council on Foreign Relations, between 1992 and 2019, women constituted, on average, 13% of negotiators, 6% of mediators, and 6% of signatories in major peace processes around the world. The data is even more

staggering when one looks at African conflicts. There have been calls for an increase in women's participation at decision-making levels in conflict resolution and peace processes for over 20 years. Yet, women still make up a fraction of the decision makers regarding peace and security issues. Annex 1 provides a detailed chart of the percentage of women "at the table" in Africa since 1999.

Annex 1

Percentage of women negotiators involved in African peace processes since 1992, according to the Council on Foreign Relations

Country	Agreement	Year	Women Negotiators	Women Mediators	Women Signatories
Sierra Leone	Lomé Peace Agreement	1999	0%	0%	0%
Burundi	Arusha Peace and Reconciliation Agreement	2000	2%	0%	0%
Somalia	Eldorat Declaration	2002	No data	0%	0%
DRC	The Sun City Agreement	2002	12%	0%	5%
Ivory Coast	Linás-Marcoussis Peace Accord	2003	No data	0%	0%
Liberia	Accra Agreement	2003	No data	0%	0%
Sudan	Naivasha Agreement	2005	0%	0%	0%
Darfur	Darfur Peace Agreement	2006	8%	0%	0%
Zimbabwe	Global Political Agreement	2008	17%	0%	0%
Central African Republic	Libreville Comprehensive Peace Agreement	2008	0%	0%	0%
Uganda	Juba Agreement	2008	9%	0%	0%
Somalia	The Djibouti Agreement	2008	No data	0%	0%
Kenya	Acting Together for Kenya: Agreement on the principles of Partnership of the Coalition Government	2008	25%	33%	0%
DRC	Act of Engagement, South Kivu	2008	No data	20%	0%
DRC	Act of Engagement, North Kivu	2008	No data	20%	5%
Central African Republic	Cease-first agreement between UFDR and the CPJP	2011	No data	0%	0%
South Sudan	Agreement on the Resolution of the Conflict in South Sudan	2015	15%	0%	7%
Mali	The Bamako Agreement	2015	5%	No data	15%
Libya	Sukhairat Agreement	2015	No data	0%	0%
South Sudan	Cessation of Hostilities, Protection of Civilians and Humanitarian Access	2017	No data	25%	17%
Central African Republic	Political Agreement for Peace in the CAR	2017	No data	No data	0%
Western Sahara	Initial Roundtable Meeting on Western Sahara	2018	20%	43%	N/A
Sudan	Two Areas Peace Talks	2018	15%	0%	N/A
South Sudan	Revitalized Agreement on the Resolution of the Conflict in the Republic of South Sudan	2018	33%	0%	20%
Western Sahara	Second Roundtable meeting on Western Sahara	2019	0%	40%	N/A
Central African Republic	Khartoum Accord	2019	21%	11%	6%
Libya	February 2020 Peace Talks	2020	21%	0%	N/A
Libya	September 2020 Peace Talks	2020	No data	No data	No data
Sudan	August 2020 (Darfur/South Kordofan/Blue Nile)	2020	No data	No data	No data

When considering the peace and security of a continent, these numbers are deeply concerning.

Peace and security are and should be a gender-neutral concept. They must include gender perspectives from both men and women because peace policies affect them differently. African women, no less than men, understand the root causes of conflicts in their region. They have lived it. They are generally most impacted by armed conflict; horrific reports of rape and killings abound. For this reason, it is imperative that both men and women be included in efforts to avoid conflict and to negotiate peace if conflict erupts. Moreover, women's roles should be enshrined in peace agreements, as they have an important function in maintaining peace.

International Law Support for Women, Peace, and Security

There is international law support for women's role in peace and security. The below represents a brief highlight of that support.

Other than in the preamble, the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) does not directly mention women's role in peace and security. The preamble merely acknowledges that State Parties are

"[c]onvinced that the full and complete development of a country, the welfare of the world and the cause of peace require the maximum participation of women on equal terms with men in all fields".

Importantly, Article 7 does require States Parties to "take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the political and public life of the country." As a matter of law, certainly issues of peace and security fall within the scope of Article 7. As CEDAW came

into force in 1981, it is not surprising that peace and security were not explicitly mentioned as the pressing need for parity at the peace table was not yet understood; nor were the significant benefits of having women as part of the entire peace process.

To provide some authoritative guidance in this area, the CEDAW Committee, the body that is charged with the implementation and interpretation of the Convention, issued general recommendation 30 on women in conflict prevention, conflict, and post-conflict situations in November 2013. GR 30 notes that "conflict prevention efforts often exclude women's experiences as not relevant for predicting conflict, and women's participation in conflict prevention is low".³

3. UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), *General recommendation No. 30 on women in conflict preven-*

Moreover, it notes that women's voices are marginalized in the post-conflict process. It recommends that Member States "[e]nsure that women are involved in the design, operation and monitoring of transitional justice mechanisms at all levels so as to guarantee that their experience of the conflict is included, their particular needs and priorities are met, and all violations suffered are addressed".⁴

Women in Africa have played an important role in peace and peace negotiations. A meaningful example is their leadership in one of the first declarations focusing on women and peace issues: the Kampala Action Plan on Women and Peace. This initiative was in response to women's concerns about increased violent conflicts on the continent, and the role women can play in conflict resolution and peacebuilding. They recognized that while women suffer the hardships of war, they are generally not involved in the decision to make war or how it is resolved. The deliberations that led to the Plan on Women and Peace centered on four areas of concern: the nature and effects of conflict and underdevelopment, women in the struggle for peace, the empowerment of women in the peace process, and peace education. This document was groundbreaking for its time.

Another example is the Beijing Declaration and Platform for Action, adopted in 1995. It is considered the most progressive blueprint ever created for advancing women's rights. This seminal document acknowledges that "[p]eace is inextricably linked with equality between women and men and development." Beijing specifically recognized the need for women's full participation in power structures, as well as their involvement in all efforts to prevent and resolve conflicts, which is essential "for the maintenance and promotion of peace and security".

As one of its strategic objectives, Beijing called on governments and non-governmental organizations to (i) promote equal opportunities for women in peace activities; (ii) integrate a gender perspective into the resolution of armed conflicts; and (iii) for gender parity when nominating candidates for judicial and other international bodies. Moreover, it called on governments to ensure the equal representation of women at all decision-making levels in institutions "which may make or influence policy with regard to matters related to peace-keeping, preventive diplomacy and related activities and in all stages of peace mediation and negotiations". Beijing built on prior mechanisms and used stronger and more specific language. Unfortunately, the three mechanisms outlined above for promoting women in peace and security are either non-binding or have no enforcement mechanism.

On October 31, 2000, the United Nations Security Council adopted Resolutions 1325. This document directed significant and important attention on the experience of

tion, conflict and post-conflict situations, 1 November 2013, CEDAW/C/GC/30, available at: <https://www.refworld.org/docid/5268d2064.html>.

4. *Id.*



women in armed conflict. More importantly, it set forth measures to include women in the “*prevention, management and resolution of conflict*” and acknowledged their role in peacebuilding. It recognized that gender equality issues were important national security issues, not just social justice or human rights issues. UNSCR 1325 recommended that UN Member States make efforts to address four important issues: (i) the need to include women in all decision-making and peace processes; (ii) the need to mainstream gender perspectives into peacekeeping operations; (iii) the protection of women against gender-based violence in conflict zones; and (iv) the mainstreaming of gender into the UN reporting system and program implementation mechanisms. That is a lot to take on in one resolution.

UNSCR 1325 represented an important step in ensuring women’s participation in international peace and security issues. Much like with other international obligations to promote women, there have been significant implementation challenges. The mere fact that 20 years after the Security Council unanimously adopted UNSCR 1325, women continue to be underrepresented in peace negotiations, particularly ones not led by the United Nations, indicates that the duties outlined in the resolution have not yet been fully realized, not just in African countries, but worldwide.

Moreover, in the two decades since UNSCR 1325 was adopted, the Security Council has passed ten resolutions that address the importance of women’s human rights and the need for women’s leadership in preventing and responding to crises. The UN Security Council sounds like a broken record when speaking on the issues of women,

peace, and security – 20 years of repetition, but no appreciable action. The women of the world are watching, and we need to be more apoplectic. The UN is too broadly focused on the issues of women, peace, and security. To improve the opportunity for peace, and for peace to hold, women need to be part of the process. The UN has proclaimed that and acknowledged the positive impact that women have on the peace process. That should be its singular focus.

Other peace and security issues related to women are also extremely important. Certainly, violence against women during armed conflict ranks among the most important, as are issues related to disarmament and refugee camps, but when you try to address those and issues of healthcare and climate change in the same agenda, the initial focus gets diluted. When the UN tries to address all these issues under the same umbrella (the “kitchen sink” approach), they get conflated, and nothing gets the attention that it warrants. The Security Council needs to take on women’s participation in prevention, peacemaking, and peace building as a separate issue from the harms that befall women in conflict situations. The best way to lower harm to women during conflict is to not have conflict. The best way to not have conflict is to have women involved in creating and keeping peace.

Women in Africa have played an important role in peace and peace negotiations.

Gender Provisions in Peace Agreements in Africa

According to the PA-X Peace Agreements Database hosted by the University of Edinburgh,⁵ only two peace agreements signed since December 31, 2015, in Sub-Saharan African conflicts, included gender equality provisions. The first is the Revitalised Agreement on the Resolution of the Conflict in the Republic of South Sudan (R-ARCSS), which notes in Chapter VI, Article 6.2.2, that the permanent constitution making process will “[i]nitiate a Federal and democratic system of government that reflects the character of South Sudan in its various institutions taken together, guarantees good governance, constitutionalism, rule of law, human rights, *gender equity* and affirmative action.”

The UN Security Council sounds like a broken record when speaking on the issues of women, peace, and security – 20 years of repetition, but no appreciable action.

The second is the Political Agreement on establishing the structures and institutions of the transitional period between the Transitional Military Council and the Declaration of Freedom and Change Forces (Sudan), which notes in Chapter Five, Article 20.5, that the parties agree during the transitional period to “[p]romote the Sudanese women role in social, political and economic fields and fight all kinds of discrimination against women.”

There were three agreements that provided for gender quotas. The first is the R-ARCSS agreement, previously noted, which also provided for 35% participation of women in the executive and, interestingly, that of the nine board members of the Bank of South Sudan, three shall be women. To date, only two of the executive committees have met the 35% quota.

The second is the Agreement on Outstanding Issues of Governance, which notes in Article 2.10 that “no fewer than three (3) of the Deputy Ministers shall be women,” and reiterates in Article 6.4 the 35% participation of women in the executive outlined in R-ARCSS. The third is the Agreement on the Resolution of the Conflict in the Gbudue and Maridi States, which merely states in Article 3.2.3 that members of the Joint Military Technical Committee shall consist of, among other, “women group civil society.”

It is quite disturbing that only four agreements included provisions for gender equality or quotas for political participation, when according to PA-X during the same time period, there were 94 agreements entered into for Sub-Saharan African conflicts. This represents a mere

4.2%. Globally, the percentage of peace agreements with gender equity provisions per the UN is 22%, which is still too low. If women are not given political positions, they will never have full agency as citizens. Moreover, their voices will not be respected in conflict resolution situations.

Women are often left out of the decision-making process in conflict resolution, and any contributions they make generally go unnoticed. However, African women have long agitated to be acknowledged as key players in preventing conflict, rehabilitating victims, and working toward reconstructing villages and structures destroyed by conflict. Women played an important role in the peace process in the DRC, even going so far as blocking the door to the negotiation room so delegates could not leave until they reached an agreement. Failure to act systematizes the discrimination that colonialism helped institutionalize.

Conclusion

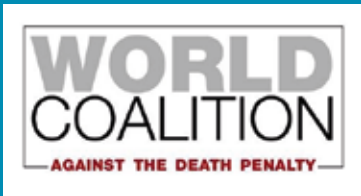
It is critical to have more women in the peace process. This is true for several reasons. First, women peacekeepers are less threatening to other women, which makes them more apt to engage with them. This is very important in the community-based societies in most African nations. Second, civil society is also less threatened by women, so it begins to rebuild sooner. Third, women peace-keepers portray strong role models for women in the community and demonstrate to them that they can have an active role in their own security.

The need for women at all levels of conflict avoidance, peace negotiation, and peacekeeping is evident. The international community has made statement after statement about the issue, but the needle does not move. We need to move from rhetoric to concrete action. The percentage of African women negotiating peace, as shown on Annex 1, is an embarrassment. Gender provisions in 4.2% of African peace agreements is pathetic. It has been 20 years since SC Resolution 1325, and tangible action by states and the UN is long overdue. The international community must take the issue seriously and prioritize women’s participation in the WPS agenda. Gender parity in the peace process cannot remain a chimera. ■

Nancy Kaymar STAFFORD

*Chair, American Bar Association
International Law Section
Newport, RI, United States
nancykaymar@hotmail.com*

5. <https://www.peaceagreements.org/>.



**10.10
2021**

**WORLD DAY AGAINST
THE DEATH PENALTY**



WOMEN
SENTENCED TO DEATH:
AN INVISIBLE REALITY

www.worldcoalition.org



Stricter Reporting and Enforcement on Local Empowerment in Africa



Ashleigh HALE



Lerato THAHANE

↳ Tout indique que des rapports et une application plus stricte des exigences d'autonomisation locale sont en cours dans une grande partie de l'Afrique subsaharienne. À première vue, cette perspective peut sembler susceptible de poser de nouveaux défis aux efforts des gouvernements pour attirer les investisseurs, mais il pourrait y avoir un avantage. Des rapports de meilleure qualité et plus détaillés sur la propriété et l'autonomisation locales signifient potentiellement une plus grande transparence et clarté sur ce que les régulateurs attendent des investisseurs. Et s'il y a une condition qui rassure les investisseurs, c'est bien la certitude des environnements commerciaux, réglementaires et politiques dans lesquels ils opèrent.

↳ Todo parece indicar que en gran parte del África subsahariana se están imponiendo requisitos más estrictos en materia de información y de control de cumplimiento en favor del fortalecimiento de las iniciativas locales. A primera vista, esta decisión puede aparecer como un nuevo reto para los esfuerzos de los gobiernos para atraer inversores, pero podría también presentar ventajas. Una mejor y detallada información sobre la implicación y las iniciativas locales en los proyectos significa potencialmente mayor transparencia y claridad sobre lo que los reguladores esperan de los inversores. Y si hay algo que da tranquilidad a estos últimos, es la certeza de los negocios, las normativas y la política de los entornos en los que operan.

Developments in the local ownership and empowerment landscape across Sub-Saharan Africa indicate that there is a trend towards increased reporting obligations and, by extension, enforcement. We saw this in the analysis of regulatory and legislative developments across 14 countries that we did in preparation for the publication of our Local Empowerment in Africa Guide late last year.

In the past, regulators mainly wanted companies to report on their performance against local ownership targets at key milestones, such as when a fundamental transaction was on the cards. The trend we are seeing now is towards reporting on a wider spectrum of indicators and in more detail than before, mostly annually, but in some cases more frequently.

Reporting on Local Ownership Gains Ground

In Ethiopia, all investors are required to submit a quarterly progress report on the implementation of their investment projects to the Ethiopian Investment Commission (EIC). If an investor fails to submit a report on time, the EIC has the option to suspend its investment licence.

Other jurisdictions with specific local empowerment reporting requirements are Tanzania, where mining companies

must submit an annual local content report, and Nigeria, where oil and gas operators must report annually to the Nigerian Content Development and Monitoring Board. In South Africa, where JSE-listed companies have been required to submit annual compliance reports to the B-BBEE Commission since 2018, other regulators, too, have stepped up their reporting requirements. Among them are the Competition Commission of South Africa and sector regulators such as the Independent Communications Authority of South Africa (ICASA) and the Department of Mineral Resources and Energy (DMRE).

Several other Sub-Saharan African jurisdictions do not (yet) have specific empowerment reporting requirements, although they do "reserve the right," so to speak, to require accountability from investors.

For example, Kenyan sector regulators may conduct inspections to establish the extent of compliance with local ownership rules, and in Zimbabwe, the Minister of Indigenisation may require any business to submit an indigenisation assessment for an empowerment assessment rating.

Regulation is seldom all stick and no carrot, or vice versa.

Regulators and Business Could Benefit

There is a method in the additional reporting requirements on localisation and ownership. Regulators are aware of the benefits of increased reporting in helping them better understand what is happening on the ground.

Armed with that insight, they can identify where there might be a need for future policy change and legislative amendments. In some cases, this could be used to tighten compliance and clamp down on investors perceived as perhaps not pulling their weight. In others, it might mean possibly amending requirements that in practice have proved to be too onerous.

The latter point is important. Regulation is seldom all stick and no carrot, or vice versa. Regulators do not set out to make it difficult for companies to do business, and in our experience, they tend to be willing to engage and open to listening to other points of view.

Hence, rather than seeing increased reporting obligations as burdensome, companies could use their reports as an opportunity to bring issues of importance to the attention of the regulators. Clear and comprehensive reporting could be as potentially beneficial to business as to the regulatory authorities.

Toe the Line or Else ...

During our 14-country empowerment analysis, we observed various changes in the way regulators are

enforcing compliance with empowerment regulations, particularly with ownership requirements.

There is a focus, especially in South Africa, on substantive compliance and genuine empowerment. In South Africa, companies could face fines of up to 10% of annual revenue and criminal sanctions if they are found guilty of “fronting”.

Fronting is broadly defined to mean misrepresenting a company’s true empowerment status. The regulator, the B-BBEE Commission, is taking a more active role investigating ownership structures to ensure the substance of such structures matches the legal form.

It is also more common for regulators in the various countries we reviewed to enforce local ownership through licensing conditions or other approval processes. This is evident, for example, in the licensing and foreign investment approvals required in Ethiopia, Kenya, Nigeria, and South Africa in respect of investment in the technology, media, and telecommunications sector.

The South African Competition Commission has been active in considering the impact of mergers on the level of ownership by historically disadvantaged persons in target firms. This forms part of its public interest mandate. The most recent example is the controversial “Burger King” decision, in terms of which the Commission blocked ECP Africa’s proposed acquisition of Burger King South Africa

because this would reduce the shareholding of historically disadvantaged persons from 68% to 0%.

The Burger King decision, although still likely to be tested in the courts, illustrates the range of tools at the disposal of regulators in ensuring compliance with local ownership and empowerment requirements. If ever there was any doubt that the authorities meant business over B-BBEE, this ruling has hammered that point home.

Conclusion

While few would argue that there should be consequences when it comes to enforcing local ownership and empowerment requirements, this must be tempered by a consideration of the commercial constraints faced by investors and their ability to contribute to the overall goal of developing industries and economies. ■

Ashleigh HALE

*Co-head Corporate, Bowmans
Johannesburg, South Africa
ashleigh.hale@bowmanslaw.com*

Lerato THAHANE

*Partner, Bowmans
Johannesburg, South Africa
lerato.thahane@bowmanslaw.com*



UIA  **advance** 

**Join
UIAdvance
now!**

UIAdvance is a membership option for law firms specially designed to enhance their global outreach.

Find out more: www.uianet.org

A Global Network for Law Firms



Mariëtte DU PLESSIS



Godfrey BUDELI

A Roadmap to Navigating Trademarks in Africa

➤ Les propriétaires de marques sont invités à assurer une protection adéquate de leurs marques en Afrique. L'Afrique compte 54 pays dont 52 ont des systèmes de marques fonctionnels. La propriété intellectuelle est un actif commercial qui permet aux entreprises de rivaliser plus efficacement et c'est également un moyen d'exclure la concurrence déloyale par des tiers en Afrique. La première étape de la protection des marques en Afrique devrait être l'élaboration d'une stratégie de marque réfléchie et d'un plan pratique pour sécuriser les droits de la marque. Dans le paysage juridique africain, les lois ne sont pas uniformes et il est important de faire la distinction entre les juridictions "premier à déposer" et "premier à utiliser". Toute stratégie en matière de marques devrait également inclure une stratégie d'application, y compris des mesures anti-contrefaçon.

➤ Los propietarios de marcas comerciales deben asegurarse de que éstas están adecuadamente protegidas en África. África tiene 54 países de los cuales 52 tienen sistemas de protección de marcas en funcionamiento. La propiedad intelectual es un activo comercial que permite a las empresas competir de manera más eficiente y es un medio para excluir la competencia desleal de terceros en África. El primer paso para proteger las marcas registradas en el continente debería ser el desarrollo de una estrategia de marca bien pensada y un plan práctico para garantizar los derechos de marca. En el panorama jurídico africano, las leyes no son uniformes y es importante distinguir entre jurisdicciones con sistema del "primer usuario" y del "premier solicitante". Toda estrategia de marca debería incluir también una estrategia de aplicación y la adopción de medidas contra la falsificación.

With substantial advancements in transportation and communications technologies, globalisation has accelerated and is evident across the globe. For business, Africa remains arguably the last frontier in the globalisation push. Intellectual property owners would be well advised to secure adequate protection of their Intellectual Property (IP) rights, particularly their trademarks. With the advent and reach of social media, brand owners should be careful to act quickly, lest they be blocked from trading in these markets because of trademark squatters or copycats.

Why Africa?

Africa is the second-largest continent in the world by land mass, with 54 sovereign countries – the most of any continent. Of these, 52 have working trademark systems. It is also the second most populous continent, with over 1.3 billion people, or about 16.5% of the world's population. Over half of the people living in Africa are under 25 years old, which makes it the continent with the youngest population in the world. Its population remains young and growing, with the urbanising middle class set to open viable investment opportunities across industries including energy, transport, telecommunications, and financial services. The African Continental Free Trade Area is now in full effect with the fostering of regional value chains progressing at a steady pace.

North Africa offers many options for brand owners. Sudan has restored democratic governance, while Egypt and Morocco remain attractive and are making progress

The first step to protecting trademarks in Africa should be the development of a considered trademark strategy and practical roll out plan to secure trademark rights.

in infrastructure development. Egypt is modernising city infrastructure and railway networks, while Morocco is enhancing port capacity.

In **Southern Africa**, South Africa and Mozambique are making structural changes to advance their political and economic stability. Nearly half of all the gold ever mined in history has come from South Africa. Angola has revamped oil and gas legislation and has attracted investment in downstream and transport infrastructure development. The regional agriculture sector continues to perform, while mining emerged as one of the economic winners from Covid-19, particularly in gold and platinum.

East Africa is the most dynamic region and has seen investment inflows in agriculture, energy, and telecommunications. The East African Crude Oil Pipeline (EACOP) from Uganda to Tanzania is underway, signalling the success

of modernised hydrocarbon legislation. In parallel, new port infrastructure and modernisation are progressing in Djibouti and Kenya, with the former set to become the next preferred port for trans-shipments between the Middle East, Asia, and Africa. Rwanda is positioning itself

in niche economic sectors such as smart-city development and rare earth minerals, while continuing to act as a major logistics hub between Central and East Africa.

West Africa's growth forecast remains robust, with offshore oil and gas in Senegal, while Nigeria has passed its Petroleum Industry Bill, opening an avenue for investment. Ghana is making strides in technology and telecommunications and, along with Cote d'Ivoire, is exerting more influence in the global cocoa market. At the regional level, member-states of ECOWAS¹ have made progress on regional grid interconnectivity in bolstering the availability of electricity.

Developing a Trademark Strategy for Africa

The IP of an enterprise is a commercial asset and an important arrow in the quiver of a business. It allows that business to compete more efficiently, more effectively, and is a means to exclude infringement and unfair competition by third parties. This is equally true in Africa. Of late, trademark squatters have cottoned on to this and have developed nefarious trademark filing strategies, which involve the filing of marks that are confusingly similar to successful and internationally well-known brands. This presents substantial difficulties in jurisdictions where user rights or well-known marks are not recognised and has become known as

the "first-to-file" jurisdictions. In such cases, a legitimate trademark proprietor may find itself locked out of a market.

The first step to protecting trademarks in Africa should be the development of a considered trademark strategy and practical roll out plan to secure trademark rights. Due to the vast number of countries and jurisdictions with two regional registration options, OAPI² and ARIPO,³ a staggered filing programme over two to five years is often the most cost-effective approach. A sustainable IP plan (in this instance focusing on trademarks) must also include measures to support an enforcement strategy downstream, including anti-counterfeiting measures.

The strategy to protect or enforce any IP portfolio will be informed by the commercial considerations of the business, followed by the legal merits of implementing that strategy. These decisions cannot be made arbitrarily, without thoroughly considering the African legal landscape. The laws are not uniform, and it is important to secure advice from an expert with working knowledge of the intricacies of the relevant jurisdictions.

In the ordinary course, the IP strategy would take its lead from the business strategy, which generally informs the commercial priority of jurisdictions, as well as the rank of protectable trademarks. The implementation of the IP strategy should be tempered by the practical aspects of securing and enforcing IP rights in Africa. Often, these considerations may sway the overall priority of jurisdictions and even the rank of protectable assets.

The practical considerations that should feature in an IP strategy for Africa include:

1. What IP can be protected in a particular jurisdiction;
2. The time period to registration—varying from six months to several years;
3. The costs of obtaining and maintaining trademarks must be weighed up against more expensive litigation costs to recover a mark;
4. Whether a jurisdiction has special requirements, such as first-to-file or where user rights are recognised;
5. The benefits of using regional filing systems and considering whether a country acceded to the Madrid Protocol⁴ and/or provides for priority claims;
6. Considerations of whether efficiency, such as the use of a regional or other protocol, may compromise the rights of the proprietor where a country has not amended its domestic laws to give effect to the agreement;
7. Whether there are requirements to record licensees.

2. Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle has 17 states. See www.oapi.int.

3. The African Regional Intellectual Property Organisation has 20 members. 12 acceded to the Banjul Protocol on Trademarks. See www.aripo.org.

4. The Madrid Protocol provides for a single application with one set of fees that allows for protection in up to the 124 countries part of the system.

An effective IP strategy creates a practical roadmap of what rights need to be secured and how.

1. ECOWAS – The Economic Community of West African States is a regional political and economic union of 15 countries located in West Africa. See www.ecowas.int.

The next focus is on proactive and reactive enforcement of IP rights. This includes taking anti-counterfeiting measures and policing rights, including an effective watch service in Africa.

After finalising the trademark strategy, the burden of decision making is eased, and the budgeting process can easily be settled. The strategy should result in fewer enforcement or litigation actions, as your legal partner in Africa will be able to anticipate problematic jurisdictions and/or practices.

An effective IP strategy creates a practical roadmap of what rights need to be secured and how. This will put the business in a position to know its objectives and to measure how far along that road it is. Protection and enforcement of IP rights are interdependent, and a good IP strategy will be mindful of this fact.

Talking Enforcement

Jules Verne’s book, *Around the World in 80 Days*, springs to mind when we discuss trademark enforcement in Africa. With so many countries in Africa, brand owners need more than a compass and a guidebook to navigate the varied and often complex jurisdictions! There are two basic philosophical and legal approaches to trademark priority: first-to-file and first-to-use.

As most African countries and jurisdictions are “first-to-file” countries, it is critical to obtain registration as early as possible. Filing a trademark application will increase the brand owner’s chances of obtaining protection in these jurisdictions. The failure to register a trademark can leave the business vulnerable to trademark squatting, particularly where the brand is well-known. If a brand owner wants to enter the market, it must first pay to cancel the registration of the squatter. Enforcement will inevitably be more complicated and costly where registered rights have not been secured.

In countries where common law rights (rights acquired through use) are recognised, the rights generally accrue to the first entity to use the trademark (the “first-to-use” system). These countries give priority to those who are the first to use a particular trademark and can demonstrate evidence of that use, even if another party has first applied to register that mark as a trademark. The brand owner would have to prove that its use has, indeed, been the earliest. Proving such rights by collating and submitting evidence would increase enforcement costs, and the benefit of securing registered rights, even in “first-to-use” territories, cannot be discounted.

Many African countries are signatories to the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (“the Paris Convention”), and well-known rights as envisaged in Article 6bis of the Paris Convention are widely recognised, although there are nuances when it comes to the extent of the recognition or how the alleged well-known rights ought to be proven.

Apart from the benefit of securing trademark registrations as the foundation of a brand owner’s enforcement strategy, there are certain practical issues in Africa that make securing registered rights in territories of strategic and business importance essential. We highlight some of these issues below.

The “First-to-File” Territories

As the “first-to-file” rule is followed in most African territories, these territories must be prioritised in a trademark strategy for Africa. By way of example, the OAPI regional system follows the “first-to-file” rule. There are effective mechanisms to oppose trademarks, either in an opposition or claim to ownership. The latter involves proving that the claimant is the true proprietor and can claim ownership, for example, through use in the region or the mark being well-known. In Zambia, it is not possible to rely on earlier user rights in opposing a later application following the DH Brothers High Court Case.⁵

The “First-to-Use” Countries

The countries where a brand owner can rely on first-to-use rights to obtain a trademark include South Africa, Botswana, Eswatini (previously Swaziland), Gambia, Ghana, Kenya, Lesotho, Malawi, Namibia, Nigeria, Sierra Leone, Tanzania, Uganda, Zimbabwe, and Zanzibar, but the use will have to be both earlier and continuous.

In South Africa, there is an established body of precedent which has been built over the years, including on common law, or user rights.

These rights afford a brand owner a basis to oppose trademark applications that postdate those user rights.

Although common law rights provide an additional arrow in the brand owner’s quiver, these rights must be proven through evidence. Although many successful litigants have done just that, there are significant cost implications of collating and submitting evidence. Securing registered mark rights are recommended, despite this additional avenue. Indeed, reliance upon registered rights, in addition to user rights, often presents the strongest case, especially where there may be a trade dress or counterfeit angle.

In South Africa, there is an established body of precedent which has been built over the years, including on common law, or user rights.

Well-Known Rights

Fortunately, many African countries have updated their IP laws in recent years, and well-known rights are recognised

5. DH Brothers Industries (Pty) Limited vs Olivine Industries (Pty) Limited (Appeal No.74/2010) [2012] ZMSC 17.



in many jurisdictions. In some jurisdictions, such as the United States, these are known as famous marks. The application of, and approach to, such rights will differ from country to country. Broadly, the brand owner must be able to establish that its trademark is well-known *in the country* in issue. This will often require evidence of local use, promotion, or, in some instances, spill-over advertising. In many jurisdictions, reliance on well-known rights *alone* can negatively impact the merits of taking enforcement action, particularly where there is insufficient evidence that the mark is well-known locally. Ultimately, it will depend on the particular circumstances and local legal regime.

Well-known rights are recognised, subject to country nuances, in Algeria, Botswana, Burundi, Cape Verde, Democratic Republic of Congo, Ethiopia, Djibouti, Egypt, The Gambia, Ghana, Kenya, Lesotho, Liberia, Libya, Malawi, Mauritius, Morocco, Mozambique, Nigeria, OAPI, Rwanda, São Tomé & Príncipe, Seychelles, South Africa, Sudan, Tanzania, Tunisia, Uganda, Zambia, Zanzibar, and Zimbabwe.

Practical Issues

There are a host of practical points to bear in mind for trademark enforcement in Africa. As earlier described, there is a widespread scourge in trademark squatting. Entities are seeking registration of well-known trademarks, seemingly either with the aim of either offering to assign the registrations to the true proprietors, or to circumvent anti-counterfeiting efforts. In Nigeria, entities often apply to register well-known trademarks, but only prosecute those applications to the point of issuance of a notice of acceptance. That notice, it would seem, is then relied on by counterfeiters to convince customs officials that they own a trademark registration.

The failure to prosecute the trademark application further presents a practical difficulty for the true proprietor who subsequently seeks registration of the mark. The later application is inevitably blocked by the earlier identical

one, creating an impasse. The earlier application may be languishing on the register for years, with the applicant thereof having no intention of moving it forward. There is no mechanism to remove the earlier application, and relief must be sought from the High Court. This entails costly, and often drawn out, litigation, all simply to remove an earlier trademark application and impediment to the registration of the true proprietor's trademark.

In key territories, of which Nigeria, a major economy on the continent, is certainly one, it is critical to file trademark applications as soon as possible to avoid this complication. A similar situation has arisen in Morocco, where trademark squatters are seeking registration of well-known animation character marks. While it is certainly possible to succeed in opposing these applications, such may entail an appeal in the High Court, which is an expensive exercise.

Another practical consideration is to seek registration for product get-ups/trade dress. In many countries, third parties seek to use and often register the get-ups, or closely similar get-ups, of well-known products, but without the well-known "house mark". This is particularly important in "first-to-file" territories.

Now for the Copycats (Counterfeiters)

Economic conditions and business environments have improved significantly on the African continent over the past few decades. As the business environment has improved, the business potential on this vast continent has similarly become apparent. Many multinational brand holders have embarked on business expansion plans to fully exploit the potential of their IP rights, increase their market share, and create an additional revenue stream in African countries.

Unfortunately, these positive changes, which are welcomed, have also created a demand for counterfeit

goods. The counterfeit goods trade is a thriving business on the African continent, but successful enforcement is possible. In recent months, an INTERPOL operation in 11 Southern African countries led to the seizure of substantial quantities of counterfeit and illicit medicines.

Factors such as a lack of proper legislative framework, an unharmonized legislative landscape, unmonitored or porous borders, weak enforcement, limited resources, and a lack of political will may make it possible for the counterfeit industry to thrive; however, these challenges are not insurmountable, and it is possible to effectively address the counterfeit goods trade with a legal partner familiar with the landscape.

The first step in effectively addressing counterfeit goods is the recordal of a brand holder's rights with Customs authorities. Recordals are possible in many countries, either formally or informally (where there are no specific legislative provisions). The recordals must be kept up to date and renewed. To complement the recordal, brand holders are encouraged to conduct regular Customs/Police training at local and regional levels to create brand awareness within the enforcement community.

Collaboration between local, regional, and international enforcement agencies in several jurisdictions has been strengthened over the years to tackle the practical challenges of transshipment, round-tripping of consignments between neighbouring countries, and capacity building. To further strengthen enforcement and proper flow of information, an extensive network of investigators and support of the World Customs Organisation (WCO) and INTERPOL has placed law enforcement in a position to identify new trends in the importation and flow/movement of counterfeit goods across Africa.

Information is key to enable brand holders and authorities to formulate an effective enforcement strategy. As each country's laws are different, a "one size fits all" enforcement strategy will not achieve meaningful results. An effective anti-counterfeiting strategy will include:

- Order enforcement, including formal and informal recordals;
- Participating in Customs/Police training workshops;
- Pursuing border detention cases against importers;
- Conducting in-market surveys and intelligence-gathering exercises to understand the extent of the problem;
- Pursuing in-market intelligence driven search and seizure operations;
- Exploring control delivery exercise, where necessary, particularly in relation to cross-border consignments of suspected counterfeit goods;
- Pursuing both civil and criminal proceedings where appropriate;
- Supporting the Police and Prosecuting Authorities to achieve successful convictions;
- Exploring "knock-and-talk" exercises and negotiating voluntary surrenders when appropriate; and

- Conducting online investigations and dispatching cease and desist letters and/or submitting takedown notices with the relevant online platforms.

In some countries, regulatory authorities may assist with the removal of counterfeit goods from circulation provided certain requirements are met. For example, the National Regulatory of Compulsory Specification (NRCS) in South Africa may seize and destroy products that are in contravention of the labelling requirements. The South Africa Bureau of Standards (SABS) may destroy goods that have proven to be sub-standard. The South African Health Products Regulatory Authority (SAHPRA) is empowered to seize counterfeit or unregistered medicines imported into or sold in the country. Many African countries have equivalent regulatory authorities who are efficient and willing to participate in the fight against the counterfeit goods trade.

The Covid-19 pandemic has created an even greater need for brand holders to shift the focus of their enforcement strategies. The sale of counterfeit goods has migrated to online platforms, which have created significant challenges for law enforcement agencies. A hybrid of online and traditional investigations is necessary to infiltrate organised crime syndicates, which employ sophisticated strategies to sell counterfeit goods online through websites and social media platforms.

As the business environment has improved, the business potential on this vast continent has similarly become apparent.

Conclusion

The African continent is a growing, dynamic, and exciting market for brand holders. When a good IP strategy is developed early on, which incorporates securing registration for all key brands and pro-actively policing and enforcement of such rights, conquering the African continent is possible! ■

Mariëtte DU PLESSIS

*Partner, Adams & Adams
Pretoria, South Africa
mariette.duplessis@adams.africa*

Godfrey BUDELI

*Partner, Adams & Adams
Pretoria, South Africa
godfrey.budeli@adams.africa*

Co-authors

- **Jameel HAMID** – Senior Associate, Adams & Adams, Pretoria, South Africa, jameel.halid@adams.africa
- **Nicole SMALBERGER** – Senior Associate, Adams & Adams, Pretoria, South Africa, nicole.smalberger@adams.africa



Trademarks in Nigeria

Lara KAYODE

↳ Les 54 pays d'Afrique adoptent des approches différentes en matière d'application et de protection de la propriété intellectuelle. Avec plus de 2 000 langues parlées à travers le continent et une croissance attendue du PIB de 4,4 % en 2017, selon la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique (UNECA), les propriétaires de marques doivent avoir mis en place des stratégies solides et de solides connaissances juridiques sur ce marché en plein essor. Le Nigeria est souvent appelé le "Géant d'Afrique" en raison de sa population et de son économie importantes. Avec environ 200 millions d'habitants, le Nigeria est le pays le plus peuplé d'Afrique et le septième pays le plus peuplé du monde. Avec un taux de fécondité élevé, le Nigeria a la troisième population de jeunes au monde, après l'Inde et la Chine, avec plus de 90 millions d'enfants de moins de 18 ans.

↳ Los 54 países africanos adoptan diferentes enfoques para la observancia y la protección de la propiedad intelectual. Con más de 2.000 idiomas hablados en todo el continente y un crecimiento esperado del PIB del 4.4% en 2017 - según la Comisión Económica de las Naciones Unidas para África (CEPA) - los propietarios de marcas deben contar con estrategias eficaces y un conocimiento jurídico sólido sobre este mercado en expansión. A menudo se hace referencia a Nigeria como el "Gigante de África", debido a su gran población y economía. Con aproximadamente 200 millones de habitantes, Nigeria es el país más poblado de África y el séptimo en el mundo. Con una alta tasa de fertilidad, Nigeria tiene además la tercera mayor población de jóvenes del mundo, después de India y China, con más de 90 millones de niños menores de 18 años.

Trademark History Under Nigerian Law

Statutory protection of trademarks in Nigeria began during its colonial era, when the United Kingdom commenced with the promulgation of the Trademarks Registration Act of 1875. In Nigeria, the formal system

of protection established by the colonial administration exists alongside the use of marks in agriculture, craft, and other sectors to indicate ownership of goods.

The current Nigerian Trademarks Act of 1965 (CTMA) was promulgated five years after Nigeria's independence, and it

remains in full force. It is based on the United Kingdom Trademark Act of 1938 (TMA). The CTMA provides for the protection of all registered marks without prejudice to the unregistered rights under the common law. The

administration of trademarks is vested in the Registrar of trademarks acting under the appropriate direction of the Minister of Trade and Investment.

In accordance with the exercise of these powers, the 2007 Minister undertook the amendment of the first and fourth schedules of the trademark regulations, making new regulations to include service marks. Registration confers exclusive rights to use the mark in relation to the class of goods and services for which it is registered. The CTMA spells out the provisions for infringement of a trademark, but certain steps must be taken. There must be a registration subsisting and valid on the trademark register, as emphasized in *Crysterlight Overseas Agency Ltd v. Yugolex Drugs Company Limited* 1997-2003 4 IPLR178.

There are a number of laws relevant to the protection and enforcement of intellectual property rights:

- The Trademarks Act Cap T13, L.F.N 2004.
- Trade Malpractices Act (Miscellaneous Offences) Act.
- Cap. T12, LFN 2004, Consumer Protection Council Act Chapter C25. LFN 2004.

Certain regulatory bodies have recently been empowered by statute to institute proceedings against the infringers.

- Counterfeit and Fake Drug and unwholesome Processed Foods (Miscellaneous provision) Act Cap C34 LFN 2004.
- Merchandise Marks Act Cap. M10 LFN 2004.
- Standard Organization of Nigeria Act 2015 (as amended).
- Cybercrime Act 2015.

Trademark Use

Maintenance of a registered trademark is dependent upon continued use. The CTMA prescribes a period by which, if a mark is not used, it may become subject to removal via an application from any concerned person. The application can then be made either to the Nigerian Court or to the Registrar, provided that there is no pending court action related to the trademark. If a concerned party applies to remove a registered trademark, the applicant must prove either one of the following:

- That the trademark was registered without a *bona fide* intention, that it should be used in relation to the goods for which it is registered, and there has been no *bona fide* use of the mark by any proprietor up to one month before the date of the application to remove the mark; or
- That a continuous period of five years or longer has elapsed during which the mark was registered and during which there was no *bona fide* use of the mark in relation to the goods for which it was registered.

To fend off an application to remove a trademark based on non-use, mark owners must ensure that they are actively using their marks in the jurisdiction in relation to the goods or services for which they have registered them. Owners cannot simply assert use; they must be able to prove it. There must be clear evidence showing that the mark has been used in the marketplace in relation to the goods. The use needs to be of a commercial nature and must be in the country in which the mark is registered. A claim of non-use cannot be defeated by proving that the mark has been used in neighbouring countries.

Further, owners must show that the mark has been used in more than a token fashion so that where, for example, the mark is in relation to food, the frequency and amount would be a significant consideration. The sale of one box of olive oil bearing the trademark over the five-year period is not likely to convince the Registrar or a court that the mark was being used in a genuine commercial sense.

It should also be noted that where a mark is registered with a broad specification of goods and/or services, the Registrar can determine that the mark has been used in relation to only some of the goods in the registration, but not all of them. This would result in the registration being preserved in respect of the goods for which there has been genuine use but cancelled in respect of the remaining goods. Trademark owners must therefore seriously consider whether they will be using their mark in respect of all the goods or services for which they apply for registration.



In the same vein, extensive or successful use is not necessary to show *bona fide* use. Genuine use depends on the facts of each case, and the courts would have to consider the nature of the goods or services, the characteristics of the market, and the frequency of use of the mark.

The Court of Appeal accepted this definition of genuine use in the case of *Procter and Gamble Company v Global Soap and Detergent Industries Limited* 55 NIPJD {CA 2012} 369/2008. The Court of Appeal held that §31(2)(a) of the Trademark Act of 1965 Chapter T13 Laws of the Federation 2004, which deals with non-use, sets out two requirements which must be satisfied concurrently. These are (1) the absence of a *bona fide* intention to use the mark at the time of registration; and (2) the absence of *bona fide* intention to use the mark up to one month before application to expunge the mark from the register. The Court further stated that *bona fide* use includes advertisements issued by foreign media to the Nigerian public.

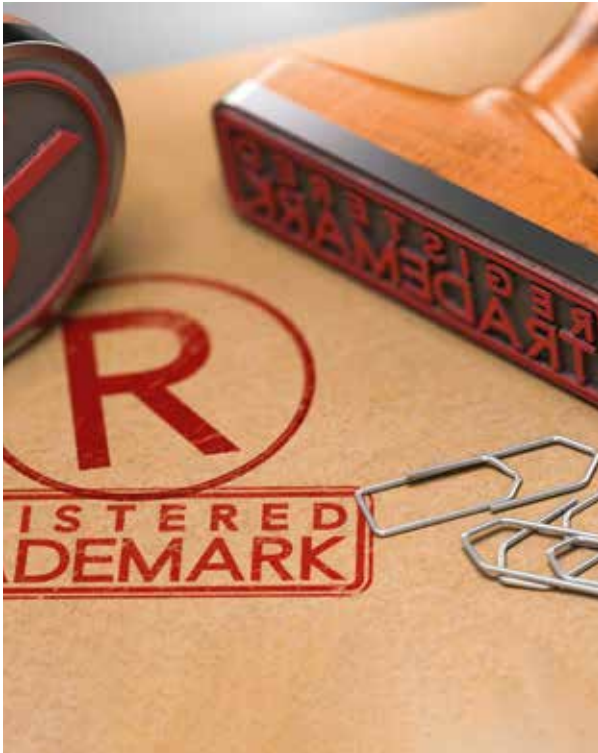
There must be clear evidence showing that the mark has been used in the marketplace in relation to the goods.

Well-Known Marks?

Nigeria is a signatory to the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, which covers trademarks. However, the convention has not been domesticated into local law. Section 32 of the CTMA states that the owner of a mark must register it as a defensive trademark whether it is used or not. Thus, well-known marks must be registered to receive protection. However, in other African countries which have domesticated the Paris Convention, well-known marks may receive protection despite no registration in Nigeria.

Enforcement

There are various ways in which infringing activity can be addressed. They include:



Cease and Desist Letters

This may be sent in the first instance, which is written to the infringer. A further cease and desist letter may be issued to the infringer to stop infringement or be faced with legal action. This approach helps when presenting evidence before the court, as it demonstrates that litigation was not the first option for the trademark owner.

Corporate Affairs Commission (CAC)

In a situation where a registered company name infringes upon a registered trademark, a trademark owner may write to the Registrar General of the CAC, stating that the trademark is registered to the trademark owner and that another party is infringing the mark. If the CAC fails to take any action, the infringer with the CAC joined in the suit may be sued at the Federal High Court. Civil actions and criminal actions are available respectively for trademark infringements at the courts. Certain regulatory bodies have recently been empowered by statute to institute proceedings against the infringers.

Customs and Excise and the Trademark Owner

Customs recordal is not automatic and it is highly recommended that a Memorandum of Understanding (MOU) be entered into with the Customs office to ensure that a watchful eye is kept on products at relevant ports prior to entry in the country.

IP Enforcement Tips in Africa

- Register your IP
 - Be aware of jurisdictions with a first-to-file basis of registration, with respect to trademarks and patents.
 - Register patents using national systems where available and systems such as the Patent Cooperation Treaty, where possible, to increase efficiency and reduce costs.
 - Record copyrights
- Be active in enforcing your rights
 - Approach relevant regulatory bodies
 - Conduct market actions/raids
 - Prosecute offenders: criminal and civil
- Engage in public sensitization to reinforce brand ownership and mark integrity
 - Enlightenment campaigns
 - Training seminars
 - Student engagement sessions
- Employ packaging control measures, such as:
 - Holograms
 - Security codes
 - Design details
 - Coloration
 - SMS codes

Final Remarks

Nigeria has been identified as a hub of investment for brands of international repute. The existing legal regime provides protection to IP through registration. However, to take advantage of this protection and accord ownership of trademark rights to their owners, the mark must be shown to have been used, or at the very least, an intention to use in relation to the goods and/or services with respect to which it was registered. These rights can be protected through the courts, as well as regulators such as the Customs, CAC, and NAFDAC.

It is pertinent to note that while Nigeria has acceded to some international Treaties, not all these Treaties have been domesticated. It is therefore important for intending investors to take note of the available protective regimes which can provide adequate protection to their IP rights.

Finally, it is also imperative to note that while relying on legislation, brand owners must engage in creating awareness of their brands, products, and services among the public. Securing trademark protection should be seen as a collective effort, with both parties, brand owners and consumers, having important roles to play. ■

Lara KAYODE
Managing Partner, O. Kayode & Co.
Lagos, Nigeria
lara@okayode.com



Rose NJERU



John SYEKEI

East Africa Data Infrastructure Ripe and Ready to Move to the Next Level

➤ Alors que l'expansion de l'infrastructure de données en Afrique de l'Est est vitale pour la croissance économique et le développement de la région, de nombreux défis restent à relever. Heureusement, les décideurs et les régulateurs voient bien les avantages économiques de la création d'un environnement plus propice aux investissements étrangers et de la mise à jour de la réglementation avec les avancées technologiques.

➤ Aunque la expansión de la infraestructura de datos en África Oriental es vital para el crecimiento económico y el desarrollo de la región, quedan aún numerosos desafíos que superar. Afortunadamente, los responsables políticos y los reguladores están viendo los beneficios económicos de crear un ambiente más propicio para la inversión extranjera y de actualizar la regulación al ritmo de los avances tecnológicos.

Technology is said to be changing so fast that regulators cannot keep up. However, in East Africa at least, the gap is narrowing as policymakers and regulators see the economic benefits of keeping regulation up to speed with technology advancements.

Kenya, Tanzania, and Uganda have each reached some key milestones in their efforts to put always on, high-speed data communications within reach of citizens and businesses. Kenya was the first in East Africa to test and activate 5G services, which went live in four counties, including Nairobi, at the end of March 2021.

Tanzania, the second-largest telecommunications market in the region behind Kenya, broke through the 80%-mark for mobile penetration in January 2021. Almost 83%

of Tanzania's 60.61 million people now have access to mobile services.

As for Uganda, total internet subscriptions exceeded 20 million for the first time in September 2020, equating to one internet connection for every two people. This is attributed mainly to the shifting work culture caused by the Covid-19 pandemic, which prompted many businesses to adopt remote working methods.

These are important successes, especially for countries that have only started ramping up their data infrastructure rollouts in the past decade. Credit for this must be shared among three main players: governments for taking the lead in developing their countries' data infrastructure; regulators for creating a largely enabling environment; and network operators and service providers for introducing new technologies and services such as 5G, 4G LTE, and e-commerce.

This is merely the beginning, though. Much remains to be done before Kenya, Tanzania, or Uganda can be said to have achieved their data infrastructure goals, and there are challenges to be navigated if they are to attract the investment needed to fill the connectivity gaps.

Clarity on Ownership Needed in Kenya

A sore point for many communications sector players in Kenya is the local equity participation requirement. According to the National ICT Policy Guidelines gazetted in August 2020, 30% of the ownership of any ICT services licensee must be held by Kenyan persons, either corporate or individual, within three years.

Provision has been made for extensions or exemptions, but it is not yet clear whether multiple extensions may be sought

to comply with the 30% shareholding requirement and the duration of the extensions if granted. The amendments made to the ICT Policy Guidelines via Gazette Notice 3192 of April 2021, however, clarify how long entities compliant with the previous (2006) policy still have to comply, giving them a two-year extension from 7 August 2020 to ensure compliance. This formal clarification from the Ministry of the Communications Authority of Kenya on this issue, among others, has helped provide clarity to investors on their structuring options.

Another issue to watch in Kenya is how the Communications Authority will exercise its discretionary powers. Kenyan legislation gives wide discretion to the regulator

Kenyan legislation gives wide discretion to the regulator in a variety of matters without any set standards or principles to guide it.

in a variety of matters without any set standards or principles to guide it. This could create a disconnect between reasonable expectations and practice.

In the realm of interconnection agreements, for instance, the authority has wide discretion to intervene and compel a party to provide interconnection

services on the basis of public interest. However, the law does not define what amounts to public interest or the circumstances when the regulator may compel a party to provide interconnection services. Again, some clarification would be welcomed.

Local Listing Requirements and Taxes Worry Investors in Uganda

The Uganda communications sector is experiencing various challenges that could impede the growth of its ICT sector. The new licensing regime, introduced in 2019, requires national telecommunication operators (NTOs) to undertake local listings – a change that has sent shockwaves through the sector.

As of May 2020, all existing licence holders were required to apply for new licences and were given two years from the date of issue of the new licence to list at least 20% of their shares on the Uganda Stock exchange.

The sector has also been struggling with the implications of Uganda's taxes on social media and over the top services (OTTs), which have negatively impacted mobile operator revenues.

Users, however, have been finding ways to circumvent the taxes by using virtual private networks to access social media and OTTs. In response, the Government plans to repeal the payment of OTT taxes and instead introduce 12% excise duty on internet data. This will make internet costs more expensive and not affordable to citizens and small businesses, hampering economic development and trade, which is likely to further limit access given the already high cost of internet access and data in Uganda.



Another challenge is heavy-handed intervention by the authorities, such as the Government's order to all ISPs to shut down the internet for five days during the 2021 general elections.¹ The reason for the shutdown given by the Ugandan Government was to limit incidences of incitement and political violence. The opposition candidate insisted this was to suppress the vote and bar Ugandans from communicating on social media on any rigging of the votes cast. The incumbent President won the election.

As it stands, access to Facebook in Uganda is still blocked. Then, there was also the Uganda Communication Commission's unilateral decision to increase licensing fees from USD 10 000 a year to USD 30 000 a year, which the UCC agreed to reduce after being taken to court.

New Policy Focus Needed in Tanzania

In Tanzania, which has one of the most liberalised data infrastructure markets in Sub-Saharan Africa, arguably the main challenge now is how to move forward with policy and regulation in ways that will increase the contribution of the ICT sector to the economy.

Currently, the share of the ICT sector to GDP is only 1.9% and broadband penetration remains low – and access costs high – in rural and urban underserved areas (urban areas that do not have adequate infrastructure and provision of internet services to address the needs of the population). In particular, a change of policy focus is called

1. <https://www.bbc.com/news/world-africa-55705404>; <https://www.bbc.com/news/world-africa-55640405>.



for to address the high cost of infrastructure investment and the lack of data centres, right-of-way infrastructure, and e-readiness infrastructure in Tanzania.

There is a clear need to look at various ICT laws and regulations, as well as intellectual property rights regulations, to make data infrastructure investment more attractive.

Taking the Next Steps

Despite the challenges they face on data infrastructure expansion, all three countries have much going for them. Kenya now has fibre installed in all 47 counties and has completed metropolitan fibre civil works in 35 counties. Tanzania has achieved cost reductions of about 99% in backhaul transport bandwidth, compared to 2009. Uganda, meanwhile, is reviewing spectrum band plans in preparation for 5G.

The basics are in place in these three nations, and with room to grow and strong demand for digital services among consumers and businesses alike, the region continues to be a ripe market for investment in data infrastructure given that data infrastructure enables these countries to tap into the potential of their increasingly tech-savvy young population.

As for filling in the regulatory gaps that remain, or pointing out pitfalls on the path ahead, ICT companies and investors can help the situation along by using every opportunity available to them to contribute to the development of policy and regulation.

Such opportunities include putting forward their views when the regulators ask for comments or submissions on changes in policy and regulation, and proactively engaging with regulators on issues relevant to investment

in data infrastructure. These opportunities can be effectively leveraged when companies work with advisers well versed in the issues and protocols at hand.

Conclusion

While ICT companies and investors might not always see eye to eye with the regulatory authorities, the gaps between their positions are more likely to be narrowed through engagement.

The ICT sector is of increasing importance as it is one of the fastest growing in East African economies and a key contributor to GDP. As such, it is closely watched by the fiscal policy makers, particularly due to the potential revenue generating capacity of players in the sector and the importance of the ICT industry in the stability of a country.

Regulators have, generally speaking, shown that they are open to different perspectives and stakeholder views, particularly when it comes to expanding access to affordable, ubiquitous, high-quality data communications. Investors should not shy away from engaging the regulators and providing their perspectives on existing market issues. ■

Rose NJERU

Associate, Bowmans

Nairobi, Kenya

rose.njeru@bowmanslaw.com

John SYEKEI

Head of East Africa IP and Technology Practice, Bowmans

Nairobi, Kenya

john.syekei@bowmanslaw.com



**Issifou Komlanvi
AGBAM**



**Fodé David
FAYE**

La *Legaltech* en Afrique noire francophone : quelles opportunités ?

↘ The whole world is in the process of digitalization that has been emphasized by the Covid-19 pandemic. Legaltechs are a major asset in providing greater access to legal and judicial services in such a digital society. However, French-speaking African countries have not yet been able to grasp the opportunities that Legaltechs offers. This article highlights these opportunities and invites the legal community and African entrepreneurs to grasp them.

↘ En todo el mundo se ha entrado en un proceso de digitalización que se ha acelerado aún más con la pandemia de Covid-19. En un mundo cada vez más digital, las Legaltechs son un vector importante para proporcionar mayor acceso a los servicios legales y judiciales. Sin embargo, los países africanos de habla francesa no han sido aún capaces de aprovechar las oportunidades que ofrecen las Legaltechs. Este artículo presenta estas oportunidades e invita a actores del mundo jurídico y a empresarios africanos a aprovecharlas.

La digitalisation des services juridiques est une dynamique fort intéressante dans cette ère du tout numérique. Il est important d'analyser à cet effet la fulgurante croissance des *Legaltechs*. La pratique du droit en Afrique, quoique existante, connaît moins d'entrain que dans les pays occidentaux ou nord-américains. Cela s'explique par la complexité des ordres juridiques africains au sein desquels le pluralisme juridique met à contribution diverses normes qui tantôt complètent le droit en tant que règle juridique, tantôt amenuisent sa portée, voire son efficacité.

Le présent article n'a pas pour but d'établir l'historique de la *Legaltech* ou encore de démystifier l'approche dite

concurrentielle que les professionnels du droit entretiennent a priori avec la *Legaltech*. Cette approche est d'autant plus marquée en Afrique que le droit est considéré plus comme une contrainte que comme un outil. Or tels que le rappellent Saint-Aubin et Vidal : "Notre génération doit repenser un droit compréhensible pour les humains et appréhensible par les machines ¹." Considérée comme une pratique disruptive et ayant pour objectif de rendre le droit plus accessible en s'appuyant sur les progrès technologiques, la *Legaltech* présente inextricablement des opportunités d'affaires en Afrique. Nous en ferons la présentation pour l'Afrique noire francophone, en décrivant les efforts entrepris pour doter les startups, dont les *Legaltechs*, d'un régime juridique (1.), de sorte à renforcer l'accès au droit en Afrique (2.) et améliorer la digitalisation des services juridiques (3.).

1. Les avantages inhérents aux startups

Les *Legaltechs* sont considérées comme les startups du droit. Il s'agit de jeunes entreprises innovantes dans les nouvelles technologies. La création d'une *Legaltech* est encouragée dans certains pays d'Afrique francophone comme le Sénégal, où le législateur a créé un cadre juridique adapté. Pour rappel, le Sénégal est le second pays africain après la Tunisie à avoir un *Startup Act*.

La startup est définie à l'article 3 de la loi sénégalaise 2020-01 du 6 janvier 2020 comme une "entreprise innovante et agile, légalement constituée depuis moins de 8 ans, dotée d'un fort potentiel de croissance à la recherche d'un modèle économique disruptif et de mécanismes de

1. T. Saint-Aubin et L. Vidal, "Le droit est mort, vive le droit", Revue Pratique de la prospective et de l'innovation, n°1, mai 2020, pp. 9-12.

financement adaptés à sa spécificité en vue de déployer sa capacité exceptionnelle de création de valeurs”.

À ce titre, la startup sénégalaise bénéficie d'un régime incitatif qui présente plusieurs avantages, notamment :

- l'octroi d'avantages douaniers et sociaux, suivant des conditions à définir en tenant compte du Code du Travail et du Code général des douanes ;
- l'aménagement de mesures fiscales, suivant des conditions à définir en tenant compte du Code général des impôts. Cela inclut une exonération d'impôts de 3 ans qui concerne l'impôt minimum sur les sociétés (IMF), une exonération des charges dues par l'employeur, une suppression du plancher d'impôt dû par les PME et une réduction des droits d'enregistrement ;
- l'octroi de garanties en vue de l'obtention de crédit ;
- l'octroi direct de financements publics ou privés ;
- la mise en place de mesures favorables à l'investissement ;
- la facilitation de l'accès à la commande publique suivant des conditions à définir en tenant compte du Code des Marchés publics.

L'exemple de la Tunisie en 2018 et du Sénégal en 2020 dans l'élaboration d'un cadre juridique relatif aux startups, et par conséquent aux *Legaltechs*, inspire aujourd'hui plusieurs autres pays d'Afrique. Depuis juillet 2021, le Ministère chargé des télécommunications du Cameroun est très actif dans l'élaboration d'un projet de *Startup Act* afin d'offrir aux entrepreneurs un cadre facilitant leur évolution et le développement de leurs solutions digitales.

2. La *Legaltech* au service du renforcement de l'accès au droit en Afrique

La *Legaltech* peut être vue comme un service du renforcement de l'accès au droit en Afrique. Plusieurs aspects illustrent les opportunités qu'offrent les *Legaltechs*.

La *Legaltech* et l'accès au droit

L'accès au droit en Afrique est l'une des principales questions relatives à l'effectivité du droit, en particulier du droit positif (voir J. Commailles, " *Effectivité* ", *Dictionnaire de la culture juridique*, Allanda et Rialss. (dir.), Paris, PUF, 2003, p.583).

L'ineffectivité des règles juridiques traduit l'écart qui existe entre les lois et les réalités sociales. Cet écart pourrait toutefois être résolu par le développement des *Legaltechs* en Afrique francophone. Les écosystèmes entrepreneuriaux auraient en effet à gagner en exploitant ces technologies. À travers la spécialisation dans la veille et l'information juridique notamment, les *Legaltechs* permettraient aux acteurs économiques, aux citoyens et à toute personne intéressée d'avoir non seulement accès mais aussi d'être à jour quant à l'évolution du droit positif.

Dans un environnement juridique africain où la légalité rationnelle est toujours concurrencée par le pluralisme des systèmes juridiques africains (voir A. A. Diouf, " *Étude critique de l'impossibilité morale dans la preuve des actes juridiques en Afrique noire francophone* ", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 65 n° 2, 2013, pp. 391-418), il serait donc stratégique de s'appuyer sur les nouvelles technologies et mettre ainsi en avant le droit positif.

Il existe déjà des projets finalisés, telle la *Legaltech* algérienne Legal Doctrine (<https://legal-doctrine.com/>) qui collecte et met en ligne législations, réglementations et décisions de justice algériennes, ou la *Legaltech* sénégalaise Sunulex (<https://sunulex.sn/>). Ces *Legaltechs* évoluent avec succès au sein des pays francophones et offrent une alternative tant aux professionnels qu'aux citoyens face à la pléthore de normes juridiques et à l'accès difficile au droit. D'autres modèles récents ont également vu le jour et proposent des solutions rapides en faveur de la démocratisation du droit dans l'espace OHADA. Il s'agit, entre autres, de la *Legaltech* Teranga Lex qui démocratise l'accès aux services juridiques en Afrique en général et spécifiquement au Sénégal.

La *Legaltech* et la justice prédictive

Une autre approche permettant de renforcer l'accès au droit réside dans la dématérialisation des procédures judiciaires. En effet, la pandémie de la Covid-19 n'a pas eu que des effets prophylactiques sur les communautés du monde. Elle a également permis de mettre en place certains leviers d'innovation et de booster la créativité technologique des administrations juridiques. Le coronavirus a initialement eu pour effet de paralyser plus ou moins les activités à travers le monde. Il a également poussé les législateurs à réagir face à cette immobilisation. La Covid-19 a ainsi redynamisé la pratique du droit : les législateurs de certains pays d'Afrique noire francophone, dont le Sénégal, ont ainsi procédé à la dématérialisation des procédures intentées auprès des tribunaux de commerce et des chambres commerciales d'appel.

La contribution des *Legaltechs* aux Modes Alternatives de Règlement de Différends (MARD) et à la justice prédictive présente un réel intérêt pour les pays francophones dans lesquels la discrétion et la rapidité prévalent. La justice prédictive peut être considérée comme un ensemble d'instruments, développés grâce à l'analyse de grandes masses de données (big data) issues de la pratique de la justice. À partir d'un calcul de probabilités, ces instruments proposent de prévoir autant que possible l'issue d'un litige. Il sera ainsi nécessaire de former des entités et des spécialistes à même de mener cette transformation de la justice en s'appuyant sur la technologie en Afrique. Ceci constitue un marché à investir pour les spécialistes des MARD.

Les écosystèmes entrepreneuriaux auraient en effet à gagner en exploitant ces technologies.



Ainsi, la *Legaltech* présente non seulement des opportunités permettant de renforcer l'accès à la justice et les droits des justiciables mais elle est aussi au service de la digitalisation des services juridiques.

3. La *Legaltech* au service de la digitalisation des services juridiques

En tant que technologies appliquées au droit, les *Legaltechs* sont considérées comme des outils au service des praticiens. Elles apportent des solutions digitales aux fonctionnalités diverses et présentent ainsi un avantage important pour le praticien. Les *Legaltechs* sont aussi variées que leurs objets. Notre présentation se concentre toutefois sur les services juridiques dont la digitalisation est la plus recherchée, étant précisé que les créateurs de *Legaltechs* s'intéressent également à d'autres secteurs.

La *Legaltech* présente non seulement des opportunités permettant de renforcer l'accès à la justice et les droits des justiciables mais elle est aussi au service de la digitalisation des services juridiques.

La *Legaltech* et la création d'entreprise

Il est important de rappeler que la *Legaltech* a fait l'objet de nombreuses critiques et connu beaucoup de réticences. Néanmoins, l'importance et la place qu'elle a gagnée au sein du marché de fourniture des services juridiques sont liées à la nature disruptive de celle-ci. L'importance de la *Legaltech* a surtout été mise en valeur lors-

qu'elle a investi le marché de la création d'entreprise qui est particulièrement complexe. Les *Legaltechs* ont permis de simplifier, dans une certaine mesure, la création d'entreprise grâce aux plateformes développées à cette fin. Elles ont ainsi permis l'accès des clients à une meilleure compréhension de la procédure de création d'entreprises, des choix des formes juridiques, etc. Les aspects techniques ne constituent ainsi plus l'apanage du juriste. Au contraire, le cœur de son activité réside à présent dans l'efficacité de son intervention et dans la qualité du service octroyé. De plus, en tant que service juridique, la création digitalisée d'entreprise présente un intérêt majeur pour les startups du droit, étant précisé que les économies des pays d'Afrique francophone sont toujours dominées par l'informel. Plusieurs startups du droit sont ainsi implantées dans ce marché de la création d'entreprise, tels que *legafrik* (legafik.com) et *Teranga LeX* (terangalex.net).

La *Legaltech* et la gestion de contrats

La gestion des contrats est également l'une des activités dans lesquelles les services qu'offrent les *Legaltechs* sont utilisés. En effet, la gestion des contrats est une tâche que les professionnels du droit sont appelés à intervenir, dès lors que ces entreprises ne disposent pas nécessairement de services juridiques internes. Au vu de l'exigence technique qui accompagne cette gestion des contrats et la complexité inhérente de ce nouveau mode de contrat, les professionnels du droit doivent aujourd'hui se doter des outils technologiques capables de simplifier cette gestion au travers du *Contract Management*.

Le *Contract Management* ou gestion des contrats présente un fort attrait pour les utilisateurs de ce type de *Legaltechs*. Il consiste en l'automatisation du processus contractuel

pour une entreprise ou un professionnel du droit (avocat ou conseil juridique). Composée de plusieurs phases, allant de la négociation à la conclusion du contrat, cette activité donne du fil à retordre aux cabinets d'avocats. Les startups du droit ont, dès lors, tout intérêt à chercher à coexister avec les professionnels du droit, en mettant sur pied des solutions digitales adaptées au marché juridique et mieux à même de répondre aux besoins des acteurs.

Le *Contract Management* offre plusieurs avantages, tels que la réduction du délai de contractualisation, le gain de temps et d'énergie, ainsi que la réduction des risques et des coûts. Le *Contract Management* inspire la confiance de ses utilisateurs et est devenu un outil stratégique, permettant aux acteurs juridiques de disposer d'un avantage concurrentiel, et aux acteurs économiques, d'une maîtrise de leur processus contractuel et d'une plus grande sécurité dans leurs activités. Ces *Legaltechs* sont également vecteur de *smart contracts* qui facilitent, entre autres, l'exécution des contrats.

Le *smart contract* renvoie de manière générale à l'exécution automatique de clauses contractuelles, via un programme informatique qui automatise les conséquences de la survenance d'un événement en ayant recours à une formule reconnue par un programme informatique. Me K. Raji-Briand et Me A. Gauvin en donnent une illustration : " si l'état de catastrophe naturelle est décrété, alors celui qui en est victime est automatiquement indemnisé, selon le programme informatique qui aura été mis en œuvre "2. Le *smart contract* serait ainsi " un programme informatique qui facilite l'exécution des contrats après avoir vérifié que les conditions requises sont bien satisfaites "3.

Ces définitions mettent l'accent sur deux éléments caractéristiques du contrat intelligent. Elles insistent d'abord sur le fait que " le *smart contract* est un programme informatique, c'est-à-dire qu'il est constitué d'une série de codes et d'instructions en vue de faire exécuter automatiquement une commande par un ordinateur. Ensuite, ce programme informatique doit être intégré dans une chaîne de blocs pour pouvoir être qualifié de contrat intelligent "4. Il s'agit là, cependant, d'une approche purement technique des *smart contracts*.

Une autre approche définit le contrat intelligent en tenant compte des liens explicites ou implicites qu'il entretient avec le contrat lui-même. Le programme informatique intégré dans une chaîne de blocs devient un contrat intelligent dès lors qu'il contient les termes d'un accord. Le programme informatique est appelé à exécuter automatiquement les prestations découlant d'une obligation contractuelle. L'accent est ainsi mis sur l'accord juridique et sur le rôle du programme informatique dans l'exécution

automatique des termes de cet accord. Selon cette approche, le contrat intelligent est vu comme un accord sous forme numérique auto-exécutable et auto-appliquable⁵. Or, les *Legatechs* sont incontournables dans le montage des *smart contracts*. Ces contrats connaissent en France des applications concrètes. Nous pouvons citer, entre autres, le contrat d'assurance Fissy par lequel la Compagnie d'assurance AXA indemnise automatiquement ses assurés en cas de retard d'avion, ou encore le *smart contract* développé par la Blockchain Partner avec la Banque de France et ses partenaires pour gérer un registre d'identifiants de créanciers au sein de l'espace unique de Paiement en Euro (SEPA) décentralisé. De manière concrète, il s'agit d'utiliser les *smart contracts* pour coder le processus de réception des demandes, analyses et vérifications des informations, ainsi que l'attribution de l'identifiant directement dans la blockchain qui l'exécute, le tout sans intervention humaine.

Le *Contract Management* consiste en l'automatisation du processus contractuel pour une entreprise ou un professionnel du droit (avocat ou conseil juridique).

4. Conclusion

Le droit évolue dans un monde lui-même en parfaite mutation technologique. Cette double mutation implique une modernisation de notre pratique d'accès au service et à l'information juridique. Les *Legaltechs* jouent un rôle important qu'il ne faut pas sous-estimer dans les pays africains, en particulier s'agissant de l'accès au droit, de la justice prédictive, de la création d'entreprise et de la gestion des contrats. Saisissons, dès lors, les opportunités qu'elles présentent en ce qu'elles révolutionnent positivement nos pratiques d'accès à l'information juridique et à la justice. ■

Issifou Komlanvi AGBAM

Doctorant en cotutelle de Droit privé
Université Laval – Université de Nantes
Attaché Temporaire d'Enseignement et de Recherche
Université de Dijon
Orgon, France
Issifou.agbam@gmail.com

Fodé David FAYE

Managing Partner, Teranga LeX
Doctorant en Droit privé
Université Assane Seck de Ziguinchor
Ziguinchor, Sénégal
davidfode2208@gmail.com

2. K. Raji-Briand et A. Gauvin, " Le *smart contract*, ni contrat, ni intelligent ", *L'économiste*, 15 juillet 2021, p. 20.

3. *Ibidem*.

4. R. Moradinejad, " Le contrat intelligent, nouveau vecteur de confiance dans les relations contractuelles : réalité ou rêve ? " (2019) 60 Cahiers de Droit, p.3.

5. R. Moradinejad, *supra*, p.4.



Le sort de la clause de stabilisation dans les contrats d'investissements miniers au Sénégal¹

Aboubacar FALL

➤ Based on the presentation of the SSPT case against the State of Senegal, the arguments exchanged, and the decision rendered by the Tribunal Regional de Dakar Hors Classe on 23 April 2014, the author gives us a detailed analysis of the stabilization clause in international extractive contracts. This clause is intended to protect the investor against the risks associated with the unilateral exercise by the host state of its attributes of sovereignty or prerogatives of public power in a search for a balance between investor rights and the exercise of state sovereignty.

➤ Con base en la presentación del caso SSPT contra el Estado de Senegal, los argumentos intercambiados por las partes y la decisión dictada el 23 de abril de 2014 por el *Tribunal Regional de Dakar Hors Classe*, el autor nos ofrece un análisis detallado de la cláusula de estabilización en los contratos extractivos internacionales. Esta cláusula pretende proteger al inversor contra los riesgos asociados al ejercicio unilateral por parte del Estado anfitrión de sus atributos de soberanía o prerrogativas, para lograr así un equilibrio entre los derechos del inversor y el ejercicio de la soberanía estatal.

Introduction

Il est généralement admis que les investissements directs étrangers dans le secteur des industries extractives revêtent trois caractéristiques principales, à savoir un niveau élevé de capitalisation, une durée contractuelle pouvant excéder vingt-cinq (25) ans et enfin, de nombreux risques,

1. Jugement n° 542 du 23 avril 2014 du Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Affaire Société Sénégalaise des Phosphates de Thiès (SSPT) c/ État du Sénégal, représenté par le ministère de l'Économie et des Finances, l'Agent Judiciaire de l'État, la Direction Générale des Impôts et Domaines (DGID) et le Chef du Bureau de recouvrement des grandes entreprises.

notamment juridiques, financiers, environnementaux et sociaux. Dans ce contexte, l'investisseur étranger voudra légitimement se prémunir, en particulier, contre deux types de risques au plan juridique, à savoir l'aléa de puissance publique et l'aléa législatif. Il s'agit de risques liés à l'exercice unilatéral par l'État d'accueil de ses attributs de souveraineté ou prérogatives de puissance étatique. Aussi, l'investisseur cherchera-t-il, par une disposition contractuelle, à obtenir du souverain qu'il accepte de consentir à stabiliser le cadre juridique de l'investissement contre ses propres prérogatives et contre les effets de ses propres actes. Cette clause, dite de stabilisation, constitue une des problématiques majeures du droit international des investissements, en particulier, dans le secteur extractif². Une parfaite illustration de sa mise en œuvre nous en est offerte par la jurisprudence sénégalaise dans l'affaire ayant opposé la Société Sénégalaise des Phosphates de Thiès à l'État du Sénégal.

Après un rappel des faits, de la procédure et des arguments des parties (I), nous exposerons les décisions intervenues (II) et procéderons à une analyse de la problématique de la clause de stabilisation (III).

I. Bref rappel des faits, de la procédure et des arguments des parties

En 2012, la Direction Générale des Impôts et Domaines (DGID) a notifié à la Société Sénégalaise des Phosphates de Thiès (SSPT) un redressement fiscal au titre de la contri-

2. Aboubacar Fall, " *les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissements pétroliers* ", Séminaire conjoint Faculté Africaine de Soutien Juridique (ALSF) et Union Panafricaine des Avocats (PALU), Tunis 13 mars 2012 <https://www.afdb.org/fr/news-and-events/stabilization-clause-in-oil-investment-contracts-we-must-stay-positive-but-be-cautious-in-negotiations-8944>; Ebtissam El Kailani-Chariat, *La stabilisation des contrats pétroliers* – Thèse – 27 novembre 2017 – Université Panthéon – Sorbonne; Mahamat Atteib Dahab Atteib in " *les clauses de stabilisation dans les contrats miniers : analyse des aspects juridiques et fiscaux à la lumière du droit positif tchadien* ", Éditions Universitaires Européennes (EUE), 2013, Librairie LGDJ.

buton spéciale sur les produits des mines et carrières. La SSPT a contesté cette mesure et formé opposition à l'exécution des titres de perception, sollicitant également la suspension du recouvrement des pénalités ainsi que l'annulation pure et simple de tous les autres titres de perception. Au soutien de sa défense, elle a rappelé avoir conclu avec l'État du Sénégal une convention minière qui est assortie d'une clause de stabilité des conditions fiscales et économiques et en conséquence, bénéficiant d'une stabilisation du régime fiscal et douanier durant toute la période de validité de son titre minier par application des dispositions, d'une part, du Code minier sénégalais, et d'autre part, du Code minier communautaire de l'Union Economique et Monétaire de l'Afrique de l'Ouest (UEMOA).

La DGID a pour sa part estimée qu'en vertu de la souveraineté législative dont le vote de la loi est l'expression, aucune disposition législative antérieure ne peut s'opposer à l'application immédiate d'une loi fiscale postérieure, d'autant que le droit acquis ne peut pas, selon elle, être invoqué contre une loi nouvelle. Elle en a conclu que le Code minier sénégalais et le Code minier communautaire ayant été adoptés postérieurement à la convention minière dont se prévaut la SSPT, celle-ci ne peut pas se prévaloir de leurs dispositions auxquelles il n'est attaché aucun effet rétroactif. En conséquence, la DGID a sollicité le rejet pur et simple des demandes de la SSPT.

II. Sur le jugement du Tribunal Régional Hors Classe de Dakar du 23 avril 2014

Dans son examen des faits de la cause, Tribunal a relevé que l'article 10 de la Convention minière conclue le 28 mai 1998 entre l'État du Sénégal et la SSPT précise clairement que " pendant toute la durée de validité de la convention minière, les modifications apportées aux règles d'assiette, de perception et de tarification des impôts, taxes et redevances sont inopposables au titulaire des titres miniers, sauf à sa demande et à condition qu'il adopte les nouvelles dispositions dans leur totalité. "

Par ailleurs, le Tribunal a souligné que le Règlement n° 18/2003/CM/UEMOA du 23 décembre 2003 portant adoption du Code minier communautaire garantit, en son article 17, la stabilisation du régime fiscal et douanier aux titulaires de titres miniers en disposant que : " Pendant la période de validité de ces titres miniers, les règles d'assiette et de liquidation des impôts, droits et taxes prévues par la législation en vigueur demeurent telles qu'elles existent à la date de la délivrance des dits titres miniers et aucune nouvelle taxe ou imposition de quelque nature que ce soit n'est applicable au titulaire ou bénéficiaire pendant ladite période." (Soulignement ajouté) En conséquence, " L'administration fiscale ne peut, sans méconnaître la portée des dispositions de ce Règlement communautaire, invoquer la souveraineté ". Le Tribunal a donc entièrement fait droit aux demandes de la SSPT.

Bien qu'ayant relevé appel de la décision commentée, la DGID n'a ni comparu, ni déposé de conclusions. Ce faisant, la Cour d'appel de Dakar a purement et simplement confirmé le jugement entrepris en toutes ses dispositions.

III. Analyse de la problématique de la stabilisation contractuelle

Un bref rappel de ses fondements (a) permettra d'éclairer l'analyse critique de l'institution juridique de la clause de stabilisation (b).

(a) Fondements de la clause de stabilisation

Comme tout contrat, le contrat d'investissement est la traduction du principe universel de la liberté contractuelle³. Dès lors, la stabilité et la sécurité du contrat d'investissement reposent sur les principes directeurs du droit des contrats dont celui du *pacta sunt servanda*. Ce dernier, qui pose le principe selon lequel " le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable ", constitue un enjeu majeur pour les investisseurs, en particulier dans les contrats extractifs où les risques sont très élevés et la durée dépassant, parfois, 25 ans.

La clause de stabilisation est fondée sur le souci de protéger le contrat d'investissement contre tout acte législatif ou administratif unilatéral de l'État d'accueil, susceptible de déstabiliser les droits de l'investisseur privé. Il convient de marquer ici la distinction entre les deux principales clauses contractuelles de protection de l'investisseur, à savoir la clause de stabilisation, d'une part, et la clause d'intangibilité, d'autre part.

La clause de stabilisation vise à " geler " la législation nationale de l'État d'accueil dans l'état où elle se trouve au moment de la conclusion du contrat, c'est-à-dire, limiter l'exercice par l'État de sa compétence législative.

En revanche, l'objectif de la clause d'intangibilité est de mettre l'investisseur à l'abri des pouvoirs exorbitants que l'État d'accueil peut tenir de son droit national à l'égard de ses cocontractants. En d'autres termes, la stabilisation affecte une compétence générale que l'État tient de sa souveraineté, alors que l'intangibilité se rattache à un pouvoir de l'État qui ne se déploie qu'à l'intérieur de la sphère contractuelle. Bien que les deux concepts soient relatifs à la protection des intérêts de l'investisseur, il n'en demeure pas moins qu'ils produisent des conséquences juridiques différentes. Ainsi, la clause d'intangibilité ne peut être mo-

La clause de stabilisation est fondée sur le souci de protéger le contrat d'investissement contre tout acte législatif ou administratif unilatéral de l'État d'accueil [...].

3. Article 96 du Code des obligations civiles et commerciales (COCC) du Sénégal relatif à la force obligatoire du contrat.

difiée que de l'accord commun des parties. Toutefois, il est arrivé que cohabitent dans un même contrat une clause d'intangibilité et une clause de stabilisation. La clause litigieuse dans la décision sénégalaise commentée se rapporte plus à la stabilisation qu'à l'intangibilité.

(b) Le principe de la souveraineté de l'État sur ses ressources naturelles

L'on ne saurait parfaitement appréhender la portée de la problématique de la clause de stabilisation dans les contrats extractifs (mines, hydrocarbures etc...) sans rappeler le principe fondamental de la souveraineté permanente de l'État sur les ressources naturelles. En effet, dès 1962, l'Assemblée Générale des Nations Unies (Résolution 1803 XVII de 1962) a reconnu comme principe de droit international le fait que " l'État décide, en dernière instance, et en toute indépendance, du sort des ressources naturelles qui se trouvent sur son territoire

et des activités économiques qui s'y exercent ", sur lesquelles il dispose des " pouvoirs souverains permanents, constants, exécutifs et inaliénables. "4

Mais, comment, dès lors, concilier les droits de l'investisseur privé étranger avec le principe de souveraineté sus évoqué ?

(c) La recherche d'un équilibre entre les droits de l'investisseur et l'exercice de la souveraineté de l'État d'accueil

L'efficacité de la clause de stabilisation se heurte à la problématique de l'équilibre entre deux droits d'importance inégale. La question qui se pose est donc de savoir jusqu'où une clause de stabilisation sécurise l'investisseur face à l'aléa d'un changement de législation qui découle de l'exercice par l'État de ses prérogatives souveraines.

Deux écoles doctrinales s'opposent :

1) La première s'appuie sur la *théorie des droits acquis* qui considère que l'existence de la clause doit l'emporter sur l'application immédiate d'une loi postérieure. En résumé, cette hypothèse postule que si la théorie des droits acquis peut valablement ressortir la plénitude de ses effets juridiques, en dépit de l'exercice par l'État de sa souveraineté législative, il devrait s'ensuivre que les droits reconnus aux investisseurs avant l'intervention de la nouvelle loi doivent rester en

vigueur. C'est, précisément, la position que la SSPT a défendue devant les juges sénégalais.

2) La seconde milite en faveur de la *théorie de la souveraineté permanente de l'État sur les ressources naturelles* et considère le principe de son application immédiate comme devant l'emporter sur les droits acquis. Selon cette école de pensée souverainiste, si l'État peut souverainement décider d'appliquer *immédiatement* la loi modifiée à tous les opérateurs miniers, sans exception, il devrait en résulter que les droits acquis qui leur avaient été reconnus en vertu des anciennes dispositions devraient être considérés comme implicitement supprimés. Cette position est celle soutenue par l'administration fiscale sénégalaise pour faire échec aux arguments de la SSPT.

Dans l'espèce commentée, l'efficacité de la clause de stabilisation est intimement liée à l'existence d'une norme de droit communautaire qui la fonde et lui fournit une sécurité pleine et entière. En effet, comme le souligne avec force le Tribunal, outre l'article 10 de la convention minière conclue entre l'État du Sénégal et la SSPT par lequel l'État garantit qu'aucune modification d'ordre fiscal ne pourra être applicable à la SSPT, à moins qu'elle y consente, s'ajoute le Règlement communautaire de l'UEMOA portant Code minier communautaire dont les dispositions ont une valeur supérieure à la loi sénégalaise. L'on observe donc qu'à la clause de stabilisation de l'ordre juridique interne se superpose la clause de l'ordre juridique international. Rappelons que la question posée reste celle de la possibilité ou non de contenir l'exercice par l'État d'accueil de son droit souverain de légiférer.

Dans l'ordre juridique interne, la protection des droits acquis est généralement très limitée. En effet, il est généralement admis que l'État ne peut limiter sa souveraineté par des engagements souscrits avec des particuliers et qu'en conséquence, "une loi peut toujours, et sans condition, fût-ce implicitement, abroger ou modifier une loi antérieure ou y déroger". Il s'agit là de l'application du principe selon lequel le législateur est libre d'adapter les lois dans le temps chaque fois que l'intérêt général le justifie. Ainsi, ce principe de mutabilité législative l'emporte sur la protection des droits acquis, sans pourtant se voir conférer une valeur absolue, sous peine de mettre en danger la sécurité juridique. En fonction de la nature des droits acquis, une limitation des prérogatives législatives de l'État est envisageable par une partie de la doctrine. Tel est le cas des droits acquis qui jouissent d'une protection constitutionnelle où l'État ne peut pas, en modifiant sa loi, remettre en cause, par exemple, des libertés fondamentales. *A contrario*, la théorie des droits acquis ne doit pas empêcher l'application des modifications législatives qui visent la protection de droits fondamentaux comme les droits humains, l'environnement, etc.⁵

4. Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 14 décembre 1962 <https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/naturalresources.aspx>. Voir également Leticia Sakai – Thèse de doctorat 16 mai 2017 – Université Paris 1 – Panthéon – Sorbonne) sur l'évolution historique du concept – Voir N. Schrijver " *Sovereignty over Natural Resources : Balancing Rights and Duties* " Cambridge University Press, 1997 ".

5. Voir Prof. Christian Jr. Kabange Nkongolo, " *la clause de stabilisation dans le code minier révisé : portée d'une délimitation pro rata temporis sous les articles 276 et 342* " <http://droitcongolais.be/Doctrine.textes/Decon/ClausedeStabilisationCM2018ProfKABANGE.pdf>.



Dans l'ordre juridique international, l'on observe, tant en doctrine qu'en jurisprudence, une plus grande acceptation de la théorie des droits acquis par rapport à la souveraineté législative de l'État d'accueil. Ainsi, déjà en 1958, dans l'arbitrage ayant opposé l'Arabie Saoudite à la société Arab American Oil Company (ARAMCO), il avait été soutenu que :

" ...parce que l'État est souverain dans les limites de ses frontières, il possède juridiquement la faculté de conférer des droits qu'il s'interdit lui-même de retirer avant la fin de la concession, sous réserve des clauses de révocation contenues dans le contrat de concession. Rien ne s'oppose à ce qu'un État, dans l'exercice de sa souveraineté, se lie irrévocablement par des clauses d'une concession des droits irrétractables ".

En conséquence de ce qui précède, la sentence arbitrale rendue dans cette affaire considère que si l'État venait à déroger aux droits acquis dans le cadre d'une concession, à la suite des effets rétroactifs d'une loi postérieure, il ne pourrait le faire sans engager sa responsabilité. Il faut souligner, à cet égard, que l'existence d'une clause de stabilisation n'a jamais empêché l'État d'accueil de disposer librement de ses prérogatives régaliennes et d'adopter de nouvelles mesures législatives. Dans l'arbitrage initié en 1974 par la société américaine *Texaco Overseas Petroleum Company* (TOPCO) contre la République Arabe Libyenne, à la suite de la nationalisation de son investissement, il a été décidé, malgré l'existence d'une clause de stabilisation, que l'État d'accueil a le droit souverain de nationaliser les biens se trouvant sur son territoire, à condition d'offrir, en retour, une compensation juste et équitable. Le tribunal arbitral a ainsi déclaré que :

" Chaque État a le droit : (...) c) de nationaliser, d'exproprier ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas, il devrait verser une indemnité adéquate, compte tenu de ses lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes ... ".

Dans le cadre de procédures d'arbitrage relatives à l'application d'une clause de stabilisation, certains investisseurs, se fondant sur l'existence d'un traité bilatéral d'investissement, ont pu évoquer la violation par l'État d'accueil du principe des *attentes légitimes*. Ce principe, qui a été affirmé dans la sentence arbitrale CIRDI *CMS Gas Trans-*

mission c/République d'Argentine, postule que l'investisseur peut légitimement s'attendre à ce que l'État respecte son engagement de ne pas modifier sa législation ou sa réglementation applicable à une opération d'investissement. Pour les partisans de cette thèse, le standard du traitement juste et équitable dont découle la protection des *attentes légitimes* serait inséparable de l'exigence de stabilité et de prévisibilité des règles de droit de l'État d'accueil de l'investissement.

Toutefois, la jurisprudence a affirmé, à plusieurs occasions, que ce principe ne reçoit plus application lorsque l'État doit faire face à des changements économiques importants. En effet, dans les situations de crise économique et/ou financière, l'investisseur ne peut invoquer le maintien d'une situation juridique existante, puisque ses attentes ne pourront être protégées que si elles sont raisonnables, dans les circonstances de l'espèce.

Conclusion

Il ressort de l'analyse qui précède que la recherche d'un équilibre entre les droits de l'investisseur et l'exercice de la souveraineté de l'État d'accueil est un exercice délicat pour les juges et les arbitres. Il semblerait cependant que la théorie la souveraineté ait pris le dessus sur celle des droits acquis. À cet égard, la décision des juges sénégalais dans l'espèce commentée constitue une exception qui mérite d'être soulignée dans la mesure où elle a fait prévaloir une interprétation littérale et fidèle de la clause de stabilisation. Il faut dire que cette décision trouve sa justification non seulement dans l'existence d'une clause de droit interne garantissant la stabilisation fiscale à l'investisseur, mais encore et surtout dans celle d'un instrument juridique international qui prescrit que, pendant toute la durée de validité de la convention minière, les modifications apportées à la stabilité de l'environnement juridique et fiscal sont inopposables au titulaire d'un titre minier.

Selon nous, le sort de la clause de stabilisation dans les contrats d'investissement miniers n'est pas encore définitivement scellé, tout au moins dans la jurisprudence sénégalaise. En effet, nul ne pourrait prédire ce que serait la décision des juges sénégalais dans cette même affaire, en l'absence de l'appui fourni par les dispositions impératives du Traité de l'UEMOA. ■

Dans l'ordre juridique international, l'on observe, tant en doctrine qu'en jurisprudence, une plus grande acceptation de la théorie des droits acquis par rapport à la souveraineté législative de l'État d'accueil.

Aboubacar FALL

Avocat associé, SCP AF Legal
Dakar, Sénégal
a.fall@aflegal.sn



Localization Compliance Requirements for Investments in the African Mining Sector

Yanmei LONG

↳ Les lois sur l'investissement ou les lois sur les ressources naturelles dans la majorité des pays d'accueil africains intègrent des exigences de localisation, généralement sous la forme de politiques ou de commodités fiscales préférentielles, mais également d'exigences légales obligatoires dans les secteurs de l'exploitation minière et d'autres ressources naturelles. Le présent article se concentre sur les exigences légales obligatoires de localisation en République démocratique du Congo en particulier liées aux activités minières, et suggère que les investisseurs étrangers répondent activement à ces exigences tout en maintenant leurs avantages par le biais de plans d'arrangement.

↳ En la mayoría de los países anfitriones africanos, las leyes de inversión o de recursos naturales incorporan requisitos de localización, generalmente en forma de políticas fiscales preferenciales o conveniencias, así como requisitos legales obligatorios en los sectores de la minería y otros recursos naturales. El presente artículo se centra en los requisitos legales obligatorios de localización en la República Democrática del Congo y, especialmente, los relacionados con las actividades mineras y recomienda que los inversores extranjeros cumplan activamente con tales requisitos mientras mantienen sus beneficios a través de planes de arreglo.

Congolese natural person(s) shall hold at least 10% of the registered capital of a mining company.

In overseas investment, foreign investors are increasingly faced with the concept of localization preference being embodied in the laws and policies of host countries. Localization is a strategy to promote the growth of the community where a company operates,

improve productivity, reduce long-term costs, and ultimately serve the capacity building interests of the host coun-

tries through human resources development, supply chain development, and the establishment of partnership with local organizations and infrastructure construction.

Under the framework of a localization strategy for general sectors, the investment laws of many African countries offer preferential tax policies or investment conveniences for the investment projects which employ local manpower, purchase raw materials and services locally, or relate to the local people's livelihood, or to the investors who satisfy specific conditions.¹ For some special sectors, especially mining, oil & gas and other natural resources, national legislations may set forth mandatory legal requirements on the above investment activities, and even the shareholding percentage of investors.

It is also one of the key points in compliance, to which foreign investors should pay high attention, that when operating investment projects in Africa, the legal and regulatory requirements on localization or local content and, more generally, the sustainable development strategies of African countries, must be satisfied. This article will focus on the mandatory legal requirements of the Democratic Republic of the Congo (DRC) and the Republic of Guinea (RoG) in the mining sector concerning

1. For instance, for the non-mining sectors, the 2002 Investment Code and its 2012 Implementation Decree, and the 2014 Law on Preferential Policies for Large-scale Investment (*Loi n° 13/005 du 11 février 2014 portant régime fiscal, douanier, parafiscal, des recettes non fiscales et de change applicables aux conventions de collaboration et aux projets de coopération*) of the DRC provide for preferential tax policies for the investment projects of eligible DRC companies which employ local manpower, purchase raw materials and services locally or relate to local livelihood. By way of example, according to the 2002 Investment Code, any purchase of equipment or industrial raw materials produced in the DRC, or construction labor services from local manufacturers or service providers, is exempted from the Goods and Services Tax. Investments in schools, hospitals, sports infrastructure, and roads may be depreciated according to the principle of degressive depreciation, provided that the beneficiary of such preferential treatment fulfills all the conditions set out in Article 8 of the Investment Code, including commitments to comply with the regulations on protection of the environment and nature, and to train local staff with special technical and managerial functions. Similarly, the 2014 Law on Preferential Policies for Large-scale Investment offers tax incentives for foreign investors who satisfy the corresponding investment thresholds and undertake to transfer technology and not to use foreign manpower (except when it is impossible to obtain manpower with corresponding qualifications and competence from local market).

the State or local ownership via natural persons, as well as the requirements for mining companies to undertake social obligations, select and use local subcontractors, and employ a minimum percentage of local employees, together with their respective impact on foreign investors. Possible preventive measures are also proposed.

I. Requirement for State or Local Ownership in Mining Companies

In order to increase the income and management participation of the host country and the natural persons with the nationality of the host country (Local people) in mining projects, and to strengthen the host country's control over its natural resources, the laws of the host country will stipulate that the State and Local people shall have a certain shareholding percentage in mining companies. This will (i) ensure that the host country and local people benefit from the return on equity of mining projects, thereby enabling dividend income from mining projects to flow to the host country in addition to taxation; and (ii) cultivate the middle class in the host country, by means of dividends, to establish a relatively complete social structure, to maintain social stability.

A- DRC

For foreign investors investing in the mining sector of the DRC, it is necessary to pay close attention to the mandatory legal requirement in the Law n° 007/2002 of 11 July 2002 relating to the Mining Code as modified and supplemented by Law n° 18/001 of 9 March 2018 (DRC Mining Code) and the Decree n° 038/2003 of 26 March 2003 on Mining Regulations as modified and supplemented by Decree n° 18/024 of 8 June 8 2018 (DRC Mining Regulations), both revised in 2018, for the DRC or DRC natural person(s) to have a certain shareholding percentage in a mining company. Such mandatory legal requirements is the primary challenge faced by foreign investors when investing in the mining sector of the DRC.

Specifically, Congolese natural person(s) shall hold at least 10% of the registered capital of a mining company. At least 50% of the registered capital of a company, which has no mining right but engages in mineral processing and smelting, shall also be held by Congolese national(s).

And it is also the decision of the DRC Mining Code to increase the interest of the DRC Government in mining projects. The DRC Mining Code requires that when applying for a Mining Permit (*Permis d'exploitation*, PE), a Mining Permit for Tailings (*Permis d'exploitation des rejets*, PER), or a Small-scale Mining Permit (*Permis d'exploitation de petite mine*, PEPM), a DRC company shall transfer 10% equity or shares to the DRC, which shall be acquired by the DRC Government on a free-carry and non-dilutive basis. On the transfer of a PE, PER, or PEPM, the transferee shall assume all the obligations of the transferor towards the DRC in respect of such permits held by the transferor, in particular ensuring the above

obligation to transfer 10% equity or shares to the DRC on a free-carry basis. Moreover, at the renewal of the PE or PER, the mining company must transfer another 5% equity or shares to the Government on a free-carry and non-dilutive basis.

After the implementation of such mandatory requirements of the DRC Mining Code and the DRC Mining Regulations, the statutory shareholding percentage of the DRC Government and Congolese in a mining company can reach up to 25%. This has a significant effect on the investment projections of foreign investors both before and after the implementation of the new mining laws. For specific projects, foreign investors need to reconstruct financial models in response to the adjusted equity ratio, measure the economic feasibility of mining projects, and readjust and negotiate commercial cooperation conditions of mining projects according to the implementation of the new mining code and regulations.

B- RoG

Article 150-I of Act L/2011/006/CNT of 9 September 2011 enacting the Mining Code of the Republic of Guinea (RoG Mining Code) provides that, "the grant by the State of a Mining Operation Permit immediately gives the State an ownership interest, at no cost, of up to a maximum of fifteen percent (15%), in the capital of the company holding the Title". Such ownership interest of the State may not be diluted in a subsequent capital increase of the company, and should be free from all encumbrances; and may neither be sold, nor be subject to pledge or mortgage. It confers on the State all other rights conferred on to shareholders by the OHADA Uniform Act relating to Commercial Companies and Economic Interest Group (which is also the Company Law applicable in RoG).

The State has the right to acquire a supplementary participation, in cash, according to the terms agreed with each relevant mining company within the scope of the Mining Agreement. This acquisition option may be scheduled over time, but may be exercised only once. According to Article 150-I of the RoG Mining Code, the total participation held by the State under such Article shall in no case exceed thirty-five percent (35%) of the total share capital of the mining company. Such supplementary participation varies for different types of natural resources involved.

The table below defines the levels of State participation in the capital of companies holding a Mining Operation Permit by mineral substance within the limit of thirty-five percent (35%) (Article 150-I of the RoG Mining Code).

The Cahier des charges serves as a written document setting down the commitment of a mining company to construct socio-economic infrastructure and provide social services to local communities [...].

Mineral Products and Derivatives	Non-dilutive Shareholders' Rights (%)	Supplementary Cash Interest (%)
Bauxite	15	20
Bauxite-alumina (integrated project*)	5	30
Alumina	7.5	27.5
Aluminum	2.5	32.5
Iron ore	15	20
Steel	5	30
Gold and diamond	15	20
Radioactive ore	15	20
Other mineral resources	15	20

* Financing of a bauxite mine and an alumina refinery.

C- Summary

Due to the particularity of mineral resources, in addition to the financial benefits from mining projects through taxation, the host governments also acquire extra financial benefits from the mining projects by compulsory participation in the mining projects. Besides, it assists the political demands of cultivating the middle class, optimi-

zing the social structure, and stabilizing the people and society in the host countries in regard to their political demand by compulsory local participation in mining projects.

Foreign investors need to fully understand the above demands of the government, and make forward-looking prediction of the possible legal risks as the host govern-

ment and local people may increase their shareholding in mining projects according to the changes in the political landscape of the host countries. The foreign investors must allocate such risks in advance in relevant transaction documents and fully take into consideration these risks in the process of implementation the mining project.

III. Local Community Contribution Requirements for Mining Companies

With regard to mining right projects, Chapter IV, Title X of the DRC Mining Code stipulates a series of social responsibilities for holders of mining rights for exploitation (including PE, PER, PEPM) and Authorization for Permanent Quarry Exploitation (*Autorisation d'exploitation des carrières permanente*, AECP), so as to promote the socio-economic and industrial development of local communities affected by their mining activities. Undertaking such social responsibilities mainly requires mining companies to prepare and implement the "Cahier des charges" to be signed with local communities

according to the timetable and pay social contributions due on earnings.

First of all, mining companies shall prepare and sign the *Cahier des charges* within the statutory time limit according to the procedures and templates stipulated in the DRC Mining Code and submit the signed *Cahier des charges* to the Provincial Mining Department for review and approval. The *Cahier des charges* serves as a written document setting down the commitment of a mining company to construct socio-economic infrastructure and provide social services to local communities affected by its mining activities. It shall clearly define the scope of local communities affected by the mining project, and put forward the plan, timetable, and corresponding capital investment of any project for local infrastructure construction and education development. Failure to fulfill the social responsibilities according to the timetable set forth in the *Cahier des charges* constitutes one of the grounds for the revocation of mining rights stipulated in the DRC Mining Code, and is regarded as a violation of commitments, and will lead to punishment according to relevant laws and regulations.

Secondly, based on the principles of transparency and traceability in the mining sector, the DRC Mining Code also requires mining companies to appropriate a fund of at least 0.3% of their earnings to support the development of the project community, which will be managed and operated by a legal entity composed of representatives of the mining right holder and local communities directly related to the project. The DRC Mining Regulations clearly specifies that such legal entity shall consist of representatives of local communities, basic community organizations, mineral right holders, local administrative authorities, the National Fund for Social Promotion and Services (*Fonds National de Promotion et de Service Social*), and the Mining Environmental Protection Department (*Direction de Protection de l'Environnement Minier*), subject to the authority and operational procedures set forth in the procedure manual approved by a joint decision of the ministers of government departments in charge of mining and social affairs. Failure to fulfill this obligation is also an act of failure to fulfill social responsibilities, which also constitutes one of the

If a foreign institute is not registered as a Congolese company, it must partner with one or more Congolese professional institutes, companies, or firms.

grounds for the revocation of mining rights stipulated in the DRC Mining Code.

The above community contribution obligation is a new requirement added by the DRC Government when revising the DRC Mining Code in 2018. In fact, the reason for the revision of the Mining Code in 2018 is obvious. As the previous DRC Mining Code was silent on the *Cahier des charges* that stipulates the social and environmental obligations of mining participants to local communities, the Legislature expects to make it up through this amendment. Such new requirement reflects the importance attached by the DRC Government to the sustainable development of local communities and its determination to ensure that local communities benefit from mining projects through legislative means. Accordingly, mining companies also need to pay more attention to the promotion and development of local communities and regard them as an important part of mining projects and incorporate them into the consideration of their business plans.

IV. Localization Requirements for Subcontracting Activities

The large number of mining projects invested by foreign investors in the DRC has given birth to the demand for mineral products processing, infrastructure construction, technical and management services. In this regard, the DRC Mining Code requires companies that provide subcontracting services to mining companies to comply with the provisions of the subcontracting laws of the DRC. They are mainly the Law n° 17/001 on Subcontracting in the Private sector of 8 February 2017 (Subcontracting Law) and the Decree n° 18/018 on the application measure of Subcontracting law of 24 May 2018 as modified and supplemented by Decree n° 20/024 of 12 October 2020 (Subcontracting Implementation Decree).

As indicated in its explanatory statement, the Subcontracting Law aims to correct the long – standing unequal distribution of wealth in favor of foreign investors (whether directly through the local subsidiaries of multinationals or indirectly through Congolese companies with foreign capital), mainly in the mining, hydrocarbons, construction and telecommunications sectors. This situation leaves no space for Congolese companies with Congolese capital, which consists mainly of small and medium-sized enterprises. It causes at the same time a shortfall in public revenue, and hinders the promotion of the employment of Congolese as well as the emergence of national expertise.

In order to promote and foster the emergence of a Congolese middle class, the present Subcontracting Law was enacted to make the utilization of Congolese-owned companies or businesses that otherwise qualify, compulsory. It pursues the protection of the workforce that is working in subcontracting companies, as well as job creation for national funds and the expansion of the tax base for the benefit of the public revenue. For regulating the subcontracting sector and implementing relevant legal

rules, a public institution, named Regulatory Authority for Subcontracting in the Private Sector (*Autorité de régulation de la sous-traitance dans le secteur privé*, ARSP), has been established according to Decree No.18/019 of 24 May 2018 on the creation, organization and functioning of ARSP.

As a general rule, according to articles 5 and 6 of the DRC Subcontracting Law, only companies promoted by Congolese nationals and with predominantly Congolese capital (*entreprises à capitaux congolais promues par les Congolais*), regardless of the corporate form, domiciled in the DRC and incorporated under the DRC laws, are allowed to engage in subcontracting activities. As an exception to the above, if the DRC lacks the required technical know-how or the required technical know-how is not available in the DRC, the employer may seek to subcontract the same to a foreign company, provided that the foreign company may not provide the subcontracted services in the DRC for more than six (6) months. In such case, the employer shall first proceed with the tendering and bidding process, at the end of which, demonstrate to the competent subcontracting authority that it is unable to obtain the required technical know-how from the subcontractors in the local market. The rules regarding the above-mentioned exception is further specified in the Ministerial Order N°03 Of January 6, 2021 on the Procedures for the Management of Derogations from The Provisions of Article 6 of the Subcontracting Law, which require basically preliminary approval of the general director of ARSP.

Such foreign company is required to establish a company that satisfies the above requirements of the DRC Subcontracting Law if the subcontracting activity lasts for more than six (6) months. The Subcontracting Implementation Decree refines the above standards, explicitly requiring that:

- (i) majority of the registered capital of the company shall be held by natural or legal person(s) in the DRC,
- (ii) majority of the management organs of the company shall be led by Congolese nationals, and
- (iii) the employees of the company shall be mainly composed of Congolese nationals.

As far as the specific percentage of majority of the registered capital mentioned above is concerned, according to Article II of the Press Statement of August 26, 2019 of the ARSP of the DRC, “at least 51% of the registered capital of the legal person proposed to engage in subcontracting activities shall be held by natural or

The large number of mining projects invested by foreign investors in the DRC has given birth to the demand for mineral products processing, infrastructure construction, technical and management services.

legal person(s) in the DRC in the private sector [and for such legal person(s), and the majority of their registered capital shall be controlled by Congolese national(s)]”.

Further, as defined in paragraph 48, Article 1 of the DRC Mining Code, any subcontracting company that provides goods, services or construction activities (especially including industrial, administrative, social and cultural infrastructure construction and other services directly related to mining projects) for mining activities of mining companies, shall also satisfy the requirements of the DRC Subcontracting Law that natural or legal person(s) of the DRC shall hold a majority stake in the company. In addition, the DRC Mining Regulations clearly stipulate that if a mining company engages a qualified geological institute to carry out exploration activities and prepare a feasibility study report, the selection of such geological institute shall comply with the provisions of the DRC Subcontracting Law, and a foreign geological institute must have permanent representative office in the DRC and apply to the Minister of Mines for qualification in accordance with the provisions of this Decree. If a foreign institute is not registered as a Congolese company, it must partner with one or more Congolese professional institutes, companies, or firms.

For violations of the aforementioned legislative provisions, the DRC Subcontracting Law provides for penalties in the form of a fine from 10,000,000 to 50,000,000 francs Congolese, a temporary closure of the main contractor not exceeding six (6) months and nullity of subcontracts. The temporary closure of the main contractor is taken, at the reasoned request of the ARSP and as the case may be, by decree of the Ministers having the Economy, Industry and Small and Medium Enterprises in their attributions, by decree of Provincial Governor or by decision of the

local administrative authority. The above-mentioned authorities are required to notify their orders or decisions to the ARSP within seven (7) days, for application. The nullity of a subcontracting contract is pronounced by the competent judge, within fifteen (15) days from the acknowledgement of the facts.

In practice, some foreign investors in the mining sector will arrange related-party transactions in the process of purchasing materials and services for the sake of management convenience and cost optimization, in some of which the suppliers involved may not satisfy the above qualification requirements for subcontractors. As the DRC Government gradually strengthens the enforcement of subcontracting laws in the future, it will also directly affect the overall commercial arrangements for foreign investors to implement their mining projects.

V. Local Manpower Percentage in Mining Sector

Investment laws in most African countries require foreign investors to employ local manpower to some extent or create more jobs by imposing restrictions on the employment percentage of employed foreigners (including jobs prohibited from employing foreigners), so as to improve the skills, productivity and competitiveness of the local manpower, and indirectly promote labor mobility and improve the quality of life of the labor force.

A- DRC

The labor laws and regulations of the DRC mainly specify the employment percentage of foreign workers, the jobs prohibited from employing foreign workers (in other words, reserved for Congolese nationals), the special



taxes and charges required for employment, and the employment permits, and work visas required by foreign workers.

In the mining sector, the special percentage restrictions on foreign workers to be followed by mining companies are mainly set forth in the Mining Regulations. Holders and farmees of PE or AACP, and processing or smelting entities are subject to labor legislation on employment, in particular the regulations on the employment percentage of foreigners (jobs prohibited from employing foreigners), as well as rules and regulations governing the conditions of employment of foreigners. Congolese nationals with the same competence shall be employed on a priority basis by the holders and farmees of PE or AACP, and holders of special license for processing or transformation.

Moreover, the Mining Regulations also specify in detail the minimum percentage of Congolese employees employed by mining companies in the exploration, development and construction, and commercial production stages as senior managers, front-line managers, qualified workers and operators. And the percentage of Congolese employees shall gradually increase with the progress of mining projects.

B- RoG

For companies operating in general sectors such as infrastructure, the RoG Investment Code neither imposes restrictions on the nationality of senior managers, nor requires local directors. However, in the mining sector, the RoG Mining Code requires companies holding mining rights to appoint Guinean managers, which however is not applicable to the companies that do not hold mining rights and only engage in mining subcontracting.

In this regard, Article 108 of the RoG Mining Code specifies that, Guinean managers having the required skills shall be employed on a priority basis by the holders of the Mining Permit or Authorization (instead of subcontractors working for it). As a result, a holder of the Mining Permit or Authorization shall, during the development phase, file with the Ministry in charge of Professional Training and with the Mining Administration a training plan for Guinean managers to enable them to acquire the skills required for the management of a company and take managerial positions in the first five years from the date of the start of commercial production. In particular, as of the Date of First Commercial Production, the Assistant Managing Director of the holder of the Mining Permit or Authorization must be a Guinean national with the required skill to fulfill this role, recruited by the company according to its own procedures. At the end of a period of five (5) years from the Date of First Commercial Production, the Managing Director of the mining company at the exploitation stage must be Guinean with the skills required to hold this position, recruited by the company according to its own procedures.

According to Article 108 of the RoG Mining Code, the holder of a Mining Permit or Authorization and companies working for its benefit are required to exclusively employ Guineans for all unskilled positions. The management of the holder of the Mining Permit or Authorization may reserve certain unskilled positions for members of the Local Community.

Article 108 also specifies the minimum quota of Guinean employees of each category to be employed by the holder of the Mining Permit or Authorization (instead of subcontractors working for it) for each stage of the evolution of the project (i.e., exploration, development and exploitation), specifically as follows:

Category of Workers	Exploration	Development	Exploitation		
			1 st to 5 th year	6 th to 10 th year	11 th to 15 th year
Senior Managers (<i>Cadres de direction</i>)	33%	20%	60%	80%	90%
Managers (<i>Encadrement</i>)	50%	30%	80%	90%	100%
Qualified Workers (<i>Ouvriers qualifiés</i>)	60%	40%	80%	95%	100%
Unskilled Workers (<i>Ouvriers - non-qualifiés</i>)	100%	100%	100%	100%	100%

Failure to comply with such minimum quotas of Guinean employees will expose the holder of the Mining Permit or Authorization to a financial penalty.

Besides, Article 109 of the RoG Mining Code requires all holders of Mining Permits or Authorizations as well as companies working for their benefit are required to prepare and submit for the approval of the National Office for Training and Professional Development (ONFPP), (i) a training and development program that encourages to the greatest extent the transfer of technology and skills to Guinean businesses

and staff; and (ii) a Guineanization program in accordance with the minimum quotas set out above. And the holders of Mining Permits or Authorizations and the companies working for their benefit must establish a career and progression plan for all employees, notably for those in supervisory and management roles, or for any position requiring particular expertise in compliance with the minimum quotas set out above. Expatriate employees of holders of Mining Permits or Authorizations and those of companies working for their benefit must have a work permit that sets out in advance

the number of years during which they must remain with the company. Such period must comply with the RoG laws regarding the entry and exit of foreigners and the RoG Labor Code and is renewable only once.

Be it the laws and regulations of the DRC or the RoG, the main intention of the mandatory requirement for employment of a local workforce is to protect the local labor markets and create more jobs for the host countries. Therefore, foreign investors need to actively respond to the requirement for employment of local manpower, and, employ local employees as much as possible in an organized and planned manner according to the stage of mining project (construction period and operation period), and strengthen the systematic training and education for local employees to improve their professional skills and enhance their competitiveness in the labor markets, so as to ultimately realize the strategic plan of localization of employees and management, solve the employment problem of the host countries, and effectively achieve the long-term goal of stable social order and promoting development. The virtuous circle so formed will provide a good environment for the sustainable development of mining projects in the host countries, and it is also one of the effective measures for foreign investors to reduce political risks. Foreign investors should pay special attention to the localization of employees and management.

VI. Impact on Foreign Investors and Possible Preventive Measures

For the time being, when investing in projects in Africa, foreign investors often face the constraints of reality and the balance between the compliance requirements of the host country's laws and regulations and the expected return of investment. Most African countries where investment projects are located are backward in infrastructure construction, lack professional technology, engineering and management skills and talents, and foreign investors will also have to deal with the shortage of raw materials and auxiliary materials needed for construction or mining for their local investment projects from time to time.

Meanwhile, the legal requirements (especially mandatory legal provisions) of the host countries on localization will have a two-fold impact on foreign investors: on one hand, if foreign investors actively respond to the above legal requirements for localization, it will help improve the skills of local workforce, promote the development of local society and economy of the host country, and help build a better and more stable social and economic environment for investment projects in the long run; on the other hand, in order to satisfy the above requirements, foreign investors need to pay certain compliance costs and adjust the existing overall investment plan, which may affect the realization of the expected return on investment.



In view of the above, foreign investors should actively respond to the legal requirements of the host governments for localization, set up joint ventures with Local people, retain a certain percentage of free-carry shares held by the governments according to the legal requirements, employ local workers or managers, and purchase raw materials or services from qualified suppliers. And a foreign investor who is a foreign shareholder of a mining company shall, while complying with the internal approval procedures and compliance requirements of the joint venture and confirming the compliance of the construction and the entity providing goods and services, legally safeguard and maximize its interests through joint venture agreement, shareholder agreement and the management (via control over the company's management, shareholders' rights and interests), so as to ensure that mining projects proceed according to the timetable. In this process, foreign investors should also pay attention to maintaining their cooperation with local shareholders to minimize compliance risks or adverse effects. All these considerations should be taken into account throughout all stages of a mining project, from preliminary negotiations, establishment of a mining joint venture, to operation and commercialization of the mining company. ■

Yanmei LONG

Jingtian & Gongcheng, Partner
Beijing, China
long.yanmei@jingtian.com



Investissements et hydrocarbures en droit mauritanien

Boumiya HAMOUD MAHAM

➤ Good governance of the extractive industries requires, among other requirements, to provide foreign investors with legal incentives designed to attract their capital. It is in this perspective that the Mauritanian legislation on hydrocarbons and, in particular, the provisions it contains which aim to ensure the protection of foreign direct investments, is addressed.

➤ La buena gobernanza de las industrias extractivas requiere, entre otras cosas, brindar a los inversores extranjeros incentivos jurídicos diseñados para atraer su capital. Es en esta perspectiva que se inscribe la legislación mauritana sobre hidrocarburos y, en particular, las disposiciones que contiene con el objetivo de garantizar la protección de las inversiones extranjeras directas.

I. Introduction

En février 2006, la République Islamique de Mauritanie est rentrée officiellement dans le club très privés des pays producteurs de pétrole¹. Avec ses réserves de gaz qui dépassent les 50 trillion cubic feet (Tcf), le pays est pressenti pour devenir, avec son voisin le Sénégal, le Qatar africain². Cette situation nouvelle a pour effet naturel d'attirer, en Mauritanie, les investisseurs internationaux du secteur des hydrocarbures. Toutefois, comme généralement en matière économique, les investisseurs sont très attentifs aux différents risques auxquels ils peuvent être confrontés dans le pays-hôte et, notamment, aux garanties qui leur sont offertes pour, sinon éliminer, tout au moins atténuer ces risques. Après une brève présentation du contexte général du secteur des hydrocarbures en Mauritanie (II), nous exposerons et analyserons les garanties et protections majeures offertes aux investisseurs étrangers par le législateur mauritanien (III).

II. Le contexte général du secteur des hydrocarbures

Il faut souligner, dès l'abord, que bien qu'ayant découvert aussi bien du pétrole que du gaz, c'est cette der-

nière ressource qui constitue la part la plus importante des hydrocarbures de la Mauritanie. En effet, comme au Sénégal, les découvertes de gaz ont permis de signaler l'existence d'un potentiel considérable tant en volume qu'en qualité. Le gisement dénommé Tortue-1, qui fait partie du complexe Grand Tortue, a été la première découverte révélée par la Société américaine Kosmos-Energy et ses partenaires sur le bloc offshore C-8. Le puits Tortue-1, également dénommé Ahmeyin-1, est réputé être la plus grande découverte de gaz au large de l'Afrique de l'Ouest.

Pour l'exploitation de ces ressources une société *ad hoc* a été créée entre les investisseurs étrangers Kosmos-Energy (28 %) et British Petroleum (BP) (62 %), d'une part et la Société Mauritanienne des Hydrocarbures (IMHPM) (10 %), d'autre part. Une deuxième découverte de gaz a été effectuée dans le périmètre appelé Marsoin-1, opérée par la Société Kosmos-Energy.

En octobre 2019, le programme de forage réalisé par la société Kosmos-Energy et son partenaire BP a permis de découvrir un immense gisement de gaz dans la région de Bir Allah, en eaux profondes mauritaniennes. Ce puit, dénommé Orca-1, est venu renforcer les estimations des ressources gazières que la Mauritanie peut offrir aux investisseurs étrangers.

Dès lors, la question qui mérite d'être posée est la suivante : quelles sont les garanties et protections offertes par la législation mauritanienne pour attirer les capitaux étrangers qui vont lui permettre d'exploiter ces ressources et, en conséquence, de développer le pays ?

1. Benjamin Aange, " Les enjeux du pétrole en Mauritanie ". <https://www.journal.openeditten.org/anneemagrheb/384>.

2. Olivier de Souza, " Les futurs grands Eldorados africains du gaz : le cas de la Mauritanie ".

III. Les garanties et protections juridiques

Il faut rappeler que la Mauritanie a promulgué le 20 juillet 2010 la loi n° 2010-033 portant Code des hydrocarbures bruts. Cette loi a ensuite été modifiée par la loi n° 2011-044 du 25 novembre 2011 dont nous allons exposer les différentes dispositions relatives aux garanties et protections instituées en faveur des investisseurs.

Examinons, tout d'abord, le cadre contractuel de l'investissement (A) avant d'étudier les garanties et protections majeures prévues par le législateur mauritanien (B).

A) Le contrat de recherche exploration-production

Au titre des opérations de recherche et d'exploitation des hydrocarbures, le législateur mauritanien a opté pour l'existence d'un contrat unique appelé Contrat Exploration-Production (CEP) à conclure avec l'investisseur. Ce contrat confère à ce dernier le droit exclusif d'exercer, dans le périmètre défini par ledit contrat, les activités de recherche, ainsi que celles d'exploitation en cas de découverte déclarée commerciale et après approbation par le Ministère du plan de développement relatif à ladite découverte. L'investisseur est également assuré d'obtenir le remboursement total des coûts pétroliers exposés pour aboutir à la production. Le Contrat Exploration-Production comprend deux périodes successives, à savoir la période de recherche (10 ans maximum) et la période d'exploitation (25 ans au maximum). Toutefois, sous certaines conditions, chacune de ces périodes peut donner lieu à une extension³. Dans le même souci d'attirer et de fidéliser les investisseurs étrangers, la législation de l'État-hôte mauritanien a prévu une importante disposition législative aux termes de laquelle le " *contrat d'exploration – production peut inclure une clause de stabilité du contexte législatif et réglementaire à sa date d'entrée en vigueur* ", permettant aux investisseurs, au cas où des dispositions législatives ou réglementaires postérieures à la date d'entrée en vigueur du contrat viendraient bouleverser son équilibre économique, de requérir la non-application des dispositions financièrement aggravantes⁴.

B) Quelques garanties et protections majeures

Entre autres garanties et protections offertes aux investisseurs figurent, notamment :

- la possibilité d'occuper les terrains du domaine public et des collectivités publiques,
- la liberté d'exporter sa production d'hydrocarbures,

3. Articles 17, 20 et 21 de la loi du 20 juillet 2010 n° 2010-033.

4. Cet article 51 de la loi du 20 juillet 2010 n° 2010-033 prévoit la possibilité pour l'investisseur de négocier l'inclusion dans le contrat CEP d'une clause de stabilisation visant à geler le cadre juridique et fiscal pendant toute la durée dudit contrat.

5. Article 35 de la loi du 20 juillet 2010 n° 2010-033.



- le bénéfice d'un régime fiscal simplifié, outre les possibilités d'exonérations fiscales et douanières, sous certaines conditions,
- la possibilité d'obtenir une licence de production accélérée ne dépassant pas 6 mois afin de permettre au contractant d'identifier les caractéristiques nécessaires à l'élaboration d'un plan de développement,⁵
- des dérogations significatives au régime du contrôle des changes, notamment, la liberté d'ouvrir des comptes à l'étranger, de rapatrier ses bénéfices à l'étranger, etc.,
- l'engagement ferme de l'État qu'aucune mesure de nationalisation, de réquisition ou d'expropriation ne sera prise à l'encontre des investisseurs, sauf dans des circonstances imposées par la loi ou pour motifs d'utilité publique. Dans ces cas, les investisseurs recevront *une juste et préalable indemnité* fondée sur la valeur marchande des intérêts nationalisés ou expropriés,
- pour renforcer sa détermination à garantir aux investisseurs la protection de leurs intérêts économiques et financiers, le législateur mauritanien a réaffirmé son attachement au règlement des différends par la voie de l'arbitrage. Aussi, l'article 49 de la loi prescrit-elle que " *tout différend opposant l'État à l'investisseur, né de l'interprétation et/ou de l'exécution du contrat d'exploration – production ou de l'application de la loi portant Code des Hydrocarbures et/ou des textes pris pour son application, sera l'objet d'une procédure d'arbitrage international dans les conditions prévues au contrat* ".

IV. Conclusion

Il ressort de cette brève étude que l'État-hôte mauritanien a pris le parti d'opter pour une politique hardie d'attraction des investissements étrangers indispensables dans une industrie aussi capitaliste que celle des hydrocarbures. Il n'en demeure pas moins que le législateur a également cherché à trouver le bon équilibre en préservant les intérêts vitaux et stratégiques de l'État mauritanien. ■

Boumiya HAMOUD MAHAM

Avocat à la Cour

Nouakchott, Mauritanie

boumiyaavocat@gmail.com



La libéralisation du secteur de l'énergie solaire au Burkina Faso

Régis BONKOUNGOU

↘ The West African region, and particularly the Sahel, offers opportunities for the development of large solar projects. Studies and reports from several research institutes show that the solar yield is very high and the need for energy is increasing over the years. In the past, governments were reluctant to liberalize the energy sector, but today they are creating the right conditions for private investment by adopting, among other things, tax incentives because the right of access of the population to electrical energy does not wait, it is an imperative.

↘ La región de África Occidental, y en particular el Sahel, ofrece oportunidades para el desarrollo de grandes proyectos solares. Los estudios e informes de varios institutos de investigación muestran que el rendimiento de la producción solar es muy alto y, al mismo tiempo, las necesidades de energía aumentan con los años. En el pasado, los gobiernos se oponían a liberalizar el sector energético, pero hoy están creando las condiciones adecuadas para la inversión privada adoptando, entre otras medidas, incentivos fiscales puesto que el derecho de la población a acceder a la energía eléctrica es un imperativo y no puede esperar.

Introduction

L'Union Africaine s'est fixée des objectifs de développement durable d'ici 2063 qui passent nécessairement par un accès, plus large et permanent, des populations à l'énergie électrique. Les États membres de la Communauté des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) et de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) ont élaboré des stratégies et adopté des textes communautaires pour aider à atteindre ces objectifs. Ces dernières ont fortement encouragé les États membres à accorder une attention particulière aux énergies renouvelables : solaire, biomasse, éolienne, non seulement au regard de leur potentiel, mais également pour tenir compte

du contexte international marqué par une volonté de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

Le Burkina Faso, à l'instar des autres pays du Sahel qui bénéficient d'un fort ensoleillement, a prévu d'accroître la part de l'énergie solaire dans son bouquet énergétique par la construction de centrales photovoltaïques. Étant donné que les États se heurtent à la problématique du financement de ces grands projets, ils souhaitent faire recours au secteur privé pour financer et réaliser lesdits projets. Cependant, certaines dispositions légales et pratiques peuvent être perçues par les investisseurs privés comme de réels obstacles, au point où l'on se demande si la libéralisation annoncée du secteur de l'énergie solaire est effective.

Une brève analyse de ces dispositions légales permettra de fixer l'ampleur des obstacles à une libéralisation effective du secteur de l'énergie solaire et de vérifier si ces entraves sont surmontables.

Elle permettra également de poursuivre la réflexion sur les mesures incitatives optimum à prendre par l'État burkinabè en vue de susciter davantage d'intérêt de la part des investisseurs privés.

Nous aborderons, pour ce faire, les obligations qui pèsent sur l'État burkinabè en matière d'accès des populations à l'énergie avant d'énoncer quelques obstacles relevés par les investisseurs privés.

L'obligation pour les États d'assurer aux populations l'accès à l'énergie

Au niveau international, la majeure partie des États du Sahel et de l'Afrique de l'Ouest, dont le Burkina Faso, a signé et ratifié les traités internationaux et régionaux qui garantissent des droits fondamentaux aux citoyens, desquels on peut inclure le droit à l'énergie.

Il ne peut donc y avoir de niveau de vie suffisant si l'accès à l'énergie n'est pas assuré.

En effet, l'article 11 du Pacte International sur les Droits Economiques Sociaux et Culturels (PIDESC)¹ prévoit que : Les États parties au Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence. Les États parties prendront des mesures appropriées pour assurer la réalisation de ce droit et ils reconnaissent à cet effet l'importance essentielle d'une coopération internationale librement consentie.

En l'absence d'un accès adéquat à l'énergie, ni les hôpitaux, ni les écoles, par exemple, ne peuvent fonctionner correctement. De même, l'accès à l'eau potable et l'assainissement sont dépendants de l'énergie, tout comme la productivité. Il ne peut donc y avoir de niveau de vie suffisant si l'accès à l'énergie n'est pas assuré. Ce droit devrait être davantage garanti avec la ratification, par le Burkina le 24 septembre 2012, du protocole facultatif se rapportant au PIDESC.

Par ailleurs, l'article 22 alinéa 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Cadhp) prévoit que les États ont le devoir, séparément ou en coopération, d'assurer l'exercice du droit au développement, et l'article 24 de ladite Charte de préciser que tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement.

En outre, le préambule et l'article 1 de l'Acte additionnel n° 04/2001 portant adoption de la politique énergétique commune de l'UEMOA mentionnent clairement la nécessité pour les États membres d'œuvrer à l'amélioration des conditions

de vie des populations, à la protection de l'environnement et à la prospérité des économies.

Ces obligations ne peuvent pas être remplies en l'absence d'une fourniture large et permanente de l'énergie électrique à l'endroit des populations.

Au niveau interne, aussi bien les Constitutions que les lois des États subsahariens mentionnent de manière explicite ou implicite le droit des populations à l'énergie.

Ainsi, l'article 18 de loi constitutionnelle burkinabè n° 072-2015 du 5 novembre 2015 dispose que l'éducation, l'eau potable et l'assainissement, l'instruction, la formation, la sécurité sociale, le logement, l'énergie, le sport, les loisirs, la santé, la protection de la maternité et de l'enfance,

de vie des populations, à la protection de l'environnement et à la prospérité des économies.

1. Le Burkina Faso a ratifié le PIDESC le 04 janvier 1999 et signé le protocole facultatif relatif au PIDESC le 24 septembre 2012.



l'assistance aux personnes âgées, aux personnes vivant avec un handicap constituent des droits sociaux et culturels reconnus par la Constitution qui vise à les promouvoir.

Enfin, la loi n° 014-2017 du 20 avril 2017, portant réglementation générale du secteur de l'énergie au Burkina Faso dispose, à son article 9, que la Société Nationale d'Electricité du Burkina assure l'approvisionnement en énergie électrique en quantité et en qualité suffisante.

Il faut en conclure qu'aussi bien au niveau international, régional qu'interne, des textes juridiques imposent aux États de garantir aux populations une fourniture adéquate en énergie. En dépit de l'existence de ce cadre légal, le Burkina Faso n'a pas encore atteint les objectifs escomptés en matière d'énergie et plus particulièrement d'énergie solaire déclinés dans la Lettre de Politique Sectorielle de l'Energie (LPSE) n° 52 du 29 décembre 2016². Le pays dispose cependant d'un véritable potentiel en matière d'énergie solaire qui n'attend qu'à être valorisé.

Le recours à l'investissement privé pour développer le potentiel énergétique solaire

Le Burkina Faso, tout comme les autres pays sahéliens, a un niveau d'ensoleillement très élevé et intense, avec plus de 3000 heures d'ensoleillement par an et un productible de 5,8 à 7 kWh par m².

Pour autant, le Burkina Faso importe plus de 60 % de sa consommation d'électricité depuis des pays voisins tels la Côte d'Ivoire et le Ghana, dont la production est surtout basée sur l'énergie dite conventionnelle. Or, selon le rapport de 2009 de l'Initiative Régionale pour l'Energie Durale (IRED), les pays membres de l'UEMOA connaîtront un déficit énergétique de 24 102 MW à l'horizon 2030.

2. La Lettre de Politique Sectorielle de l'Energie (LPSE) en cours de relecture devrait reconduire les objectifs non atteints, voire les amplifier.

Le Burkina Faso importe plus de 60 % de sa consommation d'électricité depuis des pays voisins tels la Côte d'Ivoire et le Ghana, dont la production est surtout basée sur l'énergie dite conventionnelle.

Il est donc évident que si la demande énergétique continue de croître de façon exponentielle et sans adéquation avec l'offre, les rares pays qui aujourd'hui exportent l'énergie seront eux-mêmes en déficit dans quelques temps, et le Burkina Faso ne pourra plus compter sur l'énergie importée depuis ses pays voisins.

Par ailleurs, sans faire référence aux projets de centrales en cours de développement, le parc de production solaire connecté au Réseau National Interconnecté du Burkina compte essentiellement deux (02) centrales, dont la centrale de Ziga de 1,1 MWc et celle de Zagtoui 1 de 33 MWc, mises en service respectivement en avril et en novembre 2017, et dont le taux de rendement est très faible par rapport au potentiel solaire.

En outre, la Stratégie nationale du secteur de l'énergie 2019-2023 fait état d'un ensemble de groupes vieillissants du parc de production, d'une puissance cumulée de 29,59 MW, lesquels devraient être déclassés. Se présente, dès lors, une belle opportunité pour le pays de recourir davantage aux installations solaires.

Or, si le sous-secteur de l'énergie solaire peine à prendre son envol, c'est en partie dû à la faiblesse des ressources financières de l'État pour construire des grandes centrales photovoltaïques et à son déficit technologique, notamment en matière de stockage d'énergies.

L'État s'est donc résolu à faire appel à l'investissement privé afin de pallier ces difficultés. À travers l'adoption de la loi n° 014-2017/AN du 20 avril 2017 portant réglementation générale du secteur de l'énergie et ses textes d'application, l'État du Burkina Faso entend procéder à :

- la libéralisation des segments de production et de distribution ;
- la suppression de la segmentation, ce qui permet l'installation des Producteurs indépendants d'électricité (PIE) sur toute l'étendue du territoire national ;
- la prise en compte des dispositions communautaires prévues dans le cadre de la construction du marché sous-régional de l'électricité ;
- la suppression de l'acheteur unique d'électricité ;
- l'introduction de dispositions spécifiques relatives à la promotion des énergies renouvelables et à l'efficacité énergétique.

L'État encourage donc les investisseurs privés, nationaux et étrangers, à développer des projets de construction de centrales photovoltaïques sur des sites déjà identifiés ou à identifier et à construire des usines de fabrication de matériels et équipements solaires performants. En levant quelques obstacles clairement identifiés, une meilleure adhésion des investisseurs privés à ces projets pourrait se révéler.

La nécessité de lever certains obstacles pour un meilleur investissement dans le secteur de l'énergie solaire

À l'instar des autres pays de l'UEMOA, le Burkina Faso dispose d'un Code de l'investissement qui se veut attractif et favorable aux investissements étrangers directs. À titre illustratif, l'article 8 du Code des investissements pré-



voit que les personnes morales immatriculées au Burkina Faso ne peuvent être soumises à des mesures discriminatoires de droit ou de fait dans le domaine de la législation et de la réglementation qui leur sont applicables, quelle que soit la nationalité des investisseurs. Elles sont également assurées de la garantie contre toute mesure d'expropriation directe ou indirecte, sauf pour cause d'utilité publique. Le cas échéant, elles bénéficient d'une juste et préalable indemnisation conformément à la réglementation en vigueur.

Par ailleurs, pour toutes les questions relatives au traitement des investissements, les entreprises étrangères et leurs dirigeants bénéficient d'un traitement identique

En levant quelques obstacles clairement identifiés, une meilleure adhésion des investisseurs privés à ces projets pourrait se révéler.

à celui accordé aux entreprises et aux dirigeants de nationalité burkinabè sous réserve de réciprocité de la part de leur pays d'origine.

Nonobstant, ces dispositions favorables aux investissements, quelques imperfections ont été identifiées en ce qui concerne le cadre juridique de l'énergie solaire qui mériteraient d'être levés

afin de clarifier les régimes juridiques et inciter davantage les investisseurs à occuper ce nouveau segment.

Citons par exemple le régime des autorisations et concessions de production/distribution ou de distribution de l'énergie électrique et le cadre dans lequel elles sont accordées : le Décret n° 2020-255/PRES/PM/ME/MCIA/MINEFID/MATD/MUH du 7 avril 2020 utilise comme critère de distinction entre concession et autorisation le rayon de couverture géographique, soit un kilomètre maximum pour les autorisations et au-delà pour les concessions. Mais ce cadre n'est pas si clair que cela. En effet, en matière d'autorisations et de concessions, même si un cahier de charges est établi, peuvent exister quelques incertitudes juridiques dans les rapports entre l'investisseur et l'Administration, du fait de l'absence d'un cadre contractuel clair.

Par ailleurs, le Décret susvisé ne pose pas une règle simple en matière de compétence pour délivrer une autorisation ou accorder une concession et l'application faite à la règle est parfois fluctuante. Ainsi, compétence est donnée au Président du Conseil Régional pour la délivrance des autorisations et concessions dans le domaine de l'électrification rurale, alors que c'est au Ministre de l'Énergie que cette compétence revient pour les autres domaines (hors champ rural, il peut arriver qu'un projet d'électrification rurale s'étendent sur deux ou plusieurs régions, ce qui poserait la question de l'autorité administrative compétente pour délivrer les titres d'exploitation, étant donné que cette problématique ne semble pas expressément résolue par le Décret susvisé.

Citons également comme obstacle à l'investissement le chevauchement de titres d'exploitation. Par exemple,

une concession accordée à un investisseur pour la production et la distribution de l'énergie électrique, prise en tant que bien, peut se chevaucher, sur le même espace géographique, aux activités d'un autre investisseur pour la production et la distribution de l'énergie, prise en tant que service, ce qui est de nature à remettre en cause l'exclusivité octroyée.

La question du temps et du coût d'acquisition de la propriété foncière peut également être vue comme un obstacle, car pour des projets d'envergure, telle l'installation de centrales photovoltaïques, il est nécessaire d'obtenir de grandes superficies de terres et souvent en zone rurale. Or, selon les dispositions de la loi n° 034-2009 du 16 juin 2009 portant régime foncier rural, la terre n'appartient plus exclusivement à l'État, et les habitants des localités concernées peuvent être propriétaires terriens, ce qui implique des coûts et délais de cession et de mutation. En l'absence d'une implication de l'État, l'opération peut donc se révéler longue et coûteuse.

En outre, il convient de relever que certes, une exonération à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) sur les ventes et importation de certains matériels solaires est prévue par le Code Général des Impôts et l'Arrêté interministériel n° 2020-33/ME/MINEFID/MCIA du 16 mars 2020, mais cette mesure incitative n'est pas systématique puisqu'étant soumise à une attestation d'éligibilité délivrée par un Établissement public à caractère administratif qui est exclusivement compétent.

Enfin, l'existence de prix-plafonds imposés à l'investisseur et contrôlés par l'Autorité de Régulation du Secteur de l'Énergie (ARSE) peut être perçue comme une entrave à la libre fixation des prix, surtout lorsque le cadre réglementaire prévoit que la révision des conditions tarifaires est fixée à cinq ans. Ces obstacles ne paraissent toutefois pas insurmontables et peuvent être identifiés et traités par la rédaction d'une convention de concession.

Conclusion

L'espace Ouest-Africain, et particulièrement le Sahel, offre des opportunités de développement de grands projets solaires. Les études et rapports de plusieurs Instituts de recherche montrent que le productible solaire y est d'une très bonne teneur et la demande énergétique ne fait que s'accroître au fil des ans. Jusqu'à peu, les États étaient hésitants à libéraliser le secteur de l'énergie, mais à ce jour, ils créent un terreau favorable à l'investissement privé. Si l'équilibre économique dans les rapports contractuels entre l'État et les investisseurs privés peut toujours être discuté, le droit d'accès des populations à l'énergie électrique n'attend pas, c'est un impératif. ■

Régis BONKOUNGOU

Avocat, SCPA SARI Conseils
Ouagadougou, Burkina Faso
regis.bonkougou@sariconseils.com



Somalia y los retos para combatir la piratería en alta mar

Iliana RODRÍGUEZ SANTIBAÑEZ

↘ Piracy in the oceans is historical and it was not until the 20th century that the international community, through organizations and international cooperation, had the wisdom to legislate and act internationally, in a much faster and coordinated way, for its prevention, combat and repression. However, the economic, political and social situation of those states such as Somalia, that fight against this crime, must be considered along with the social crisis in which they find themselves and that reproduces criminal patterns in which piracy is also a means of survival.

↘ La piraterie maritime est historique et ce n'est que depuis le 20^e siècle, à travers les organisations et la coopération internationale, que la communauté internationale a la sagesse de légiférer et d'agir au niveau international de manière beaucoup plus rapide et coordonnée, dans le but de l'empêcher, de la combattre et de la réprimer. Cependant, la situation économique, politique et sociale de certains États comme la Somalie, qui luttent contre ce crime, doit être considérée avec la crise sociale dans laquelle se trouvent ces États car cette situation reproduit des schémas criminels auxquels s'ajoute la piraterie comme moyen de survie.

El origen de la piratería en Somalia

Los europeos llegaron al territorio de Somalia a mediados del siglo XIX, dividiendo el territorio entre Francia, Gran Bretaña e Italia. En el periodo colonial, los ingleses crearon ahí un protectorado, mientras que los italianos pactaron con los sultanes somalíes para establecerse durante un tiempo en lo que sería la Somalia italiana. Para 1940 los ingleses habían recuperado nuevamente su colonia original.¹ Después de que los italianos fueran expulsados,

1. A. Marco L. Reyes, "Somaliland después del colapso: ¿más vale bueno

entre la Somalia italiana y la inglesa, se formó un territorio unificado que alcanzó su independencia en 1960 y un primer gobernante, Abdullah Osama Daar.

El contexto histórico de Somalia tras ese episodio enfrenta las consecuencias de la división entre oriente y occidente tras la Segunda Guerra Mundial, con un golpe de estado y un contexto bipolar. Atrapados entre una estructura socialista y un gobierno neo patrimonial o clientelar, el estado se asemeja más a una empresa privada que a una entidad política, se privilegia el interés de grupo, frente al interés colectivo.

La incidencia de la corrupción y la pobreza en el impulso a la piratería

El Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) de Transparencia Internacional del 2020, muestra que la corrupción va en aumento a nivel global. La mayoría de los países evaluados no tuvieron mejoría en el avance contra la corrupción en una década y más de dos tercios están por debajo de 50/100. Mientras que Dinamarca y Nueva Zelanda ocupan el 1^{er} lugar de países con menor índice de corrupción, Somalia y Sudán del Sur ocupan los últimos lugares de este IPC, con el lugar 178 y 180 respectivamente, como los países con mayor corrupción del mundo.² El nivel de corrupción en un país está ligado al desarrollo de su democracia, pues en estados donde prevalece mayor corrupción, la oposición a los gobiernos vive bajo amenazas de aquellos grupos que se sirven del poder. El IPC del 2018 afirmaba que prácticamente todos los países cuyos gobiernos ordenaban o toleraban asesinatos políticos, estuvieron clasificados como altamente corruptos por el IPC. Esto explicaría la falta de

por conocer que malo por conocido? en Paz y Seguridad y Desarrollo", Tomo VII. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. México, 2016, p.143.

2. Secretariado Internacional de Transparencia. Corruption Perception Index. (2020). <https://www.transparency.org/es/news/cpi-2020-global-highlights>, 25 de agosto 2021.

gobernabilidad o el autoritarismo en el territorio, que lleva a algunos ciudadanos a la búsqueda de oportunidades, mediante su vínculo a grupos criminales que generan una economía muy estructurada para poblaciones completas con base en la criminalidad. Esta afirmación se confirma con lo dispuesto en la resolución S/RES/2500 (2019) del Consejo de Seguridad de UN, que condena todos los actos de piratería y robo a mano armada en el mar frente a las costas de Somalia y reconoce que, pese a las mejoras en Somalia, la piratería ha agravado la inestabilidad del país, al introducir grandes cantidades de dinero en efectivo ilícito, que fomentan la actividad delictiva, la corrupción y el terrorismo.

Bajo el federalismo, la Constitución de Somalia podría lograr avances para propiciar los espacios de diálogo para cambios en el poder y la distribución de los recursos [...].

Frente a esta realidad, un dato alentador en Somalia es que su Constitución Provisional del 2011, mantiene la creación de un gobierno federal desde el 2012 y el reconocimiento a cuatro estados federativos, que dan la esperanza a una nueva etapa federalista de Somalia, bajo potenciales acuerdos políticos que a largo plazo generen mayor estabilidad. Estos acuerdos quizá comiencen a observarse a partir de las elecciones de octubre del 2021. Bajo el federalismo, la Constitución de Somalia podría lograr avances para propiciar los espacios de diálogo para cambios en el poder y la distribución de los recursos entre las regiones más estables y las más pobres. Sin embargo, la generación de recursos para el Estado proviene también de la posibilidad existente para hacer negocios, lamentablemente de acuerdo con el Índice del *Doing Business* del Banco Mundial del 2020, de 190 países estudiados, Somalia ocupa el último lugar (el peor) para hacer negocios, lo cual es un dato que recrudece el panorama a corto plazo, situación que se ha agudizado derivado de la pandemia de Covid-9, no solo para Somalia sino a nivel mundial. El Banco Mundial prevé que la tasa de pobreza internacional se mantenga en 71% aun en el 2022 y 2023. Ante este panorama, el gobierno somalí enfrenta el reto de la implementación de las reformas institucionales y su reintegración al mercado regional, para impulsar el crecimiento económico y su impacto en el desarrollo social.

La piratería en altamar más allá de la novela

Desde Barbanegra, Barbaroja, Calicó Jack y Francis Drake hasta Henry Morgan, todos hemos escuchado alguna vez historias de piratas. Puestos como extravagantes y despiadados asaltantes en el mar, incluso en ocasiones descritos con benevolencia, representan uno de los delitos más antiguos y perseguidos hasta la actualidad. En el Derecho internacional, hay dos convenciones que definen el delito de piratería: la Convención sobre alta mar



de 29 de abril de 1958 y la Convención sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR) del 10 de diciembre de 1982. En ambas convenciones quedan plasmados los principios de derecho internacional en esta materia, concibiendo la piratería como un acto ilegal de violencia, de detención, de depredación o de intimidación, cometido con un propósito personal, por la tripulación o los pasajeros de un buque o una aeronave privados, contra otro buque o aeronave privados o del Estado, o contra las personas o bienes que se encuentren a bordo, que ocurre en alta mar o en un lugar fuera de la jurisdicción del Estado.

La crítica a esta construcción jurídica es que lo reduce a un propósito personal y privado, dejando fuera la comisión de este delito por y con objetivos políticos. Este supuesto se presentó en 1985 cuando el crucero italiano Achille Lauro fue secuestrado por un comando palestino en el mar Mediterráneo, mientras navegaba de Alejandría a Port Said. No fue considerado un acto de piratería en ausencia del fin económico o privado, era en todo caso un acto con objetivo político, donde los secuestradores eran pasajeros, por lo que eran catalogados como amotinados y no como piratas (el ataque no se produjo desde otro buque). La Oficina Marítima Internacional creó entonces el Convenio contra la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 1988 o *SUA Convention*. Este instrumento en realidad observa los actos terroristas ocurridos en el mar, que son motivados políticamente, pero no observa expresamente el delito de piratería.³

Por otra parte, aunque la CONVEMAR en su artículo 111 prevé el *droit de poursuit* o derecho de persecución, por el que las autoridades del estado costero pueden perseguir embarcaciones extranjeras fuera del mar territorial y otras zonas de su espacio marítimo, siempre que no se haya interrumpido la persecución, no establece la interrupción repentina cuando la embarcación o los piratas navegan

3. G.,F. Ibáñez, "La amenaza de la piratería marítima a la seguridad internacional: el caso de Somalia". Tesis doctoral, Ministerio de Defensa, España, 2012, p.p. 54-55.

hacia el territorio de otro estado, restando eficacia a esta figura.⁴

Esta situación se ha resuelto en Somalia, de forma parcial y casuística, a través de la resolución S/RES/1816 (2008) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que acordó por unanimidad la autorización de navíos de guerra extranjeros, para perseguir en aguas somalíes a embarcaciones piratas, siempre que reciban el consentimiento de ese país y de Naciones Unidas “con el fin de reprimir actos de piratería y robo a mano armada en el mar, en forma compatible con las acciones de esa índole permitidas en alta mar respecto de la piratería con arreglo a las disposiciones pertinentes del derecho internacional”.⁵ Actualmente, son más frecuentes los actos de violencia en el territorio marítimo bajo jurisdicción del Estado ribereño, que no pueden ser considerados como piratería. La Organización Marítima Internacional (OMI) adoptó el término “robo a mano armada perpetrado contra buques” en su Código de prácticas para la investigación de los delitos de piratería y robo a mano armada perpetrados contra buques, considerados actos de violencia, pero calificados de acuerdo con el ámbito territorial marítimo donde suceden, lo que es una constante fuente de confusión e incertidumbre y contribuye a minimizar el impacto de este fenómeno delictivo.

La jurisdicción para estos casos atiende a quien realiza el apresamiento. En el caso de Muse, fue juzgado a 33 años de cárcel por una Corte del estado de Nueva York, Estados Unidos. El fundamento es el artículo 105 de la CONVEMAR, que señala como competentes a los tribunales del Estado que efectúa el apresamiento y que podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe. Lo que se intenta es que no quede impune este delito, por lo que la propia Convención señala la obligación de los Estados Parte de ésta, de cooperar en la represión de la piratería en la alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado (artículo 100). En este caso, solo buques y aeronaves autorizados u oficiales pueden realizar apresamientos por causa de piratería.

Para formalizar la cooperación internacional contra la piratería, las Naciones Unidas (UN), la Organización Marítima Internacional (IMO), el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico, la Unión Europea, la Europol, el Eurojust y la Unión Africana, han mantenido la cooperación en contra de la piratería en altamar y en apoyo a la jurisdicción territorial de los Estados sobre su espacio marítimo. Pero específicamente ante la piratería

en Somalia, la comunidad internacional ha creado la Misión de la Unión Europea de Desarrollo de las Capacidades en Somalia (EUCAP Somalia) y en la resolución S/RES/2500 (2019) del Consejo de Seguridad (UN), se ha reconocido el esfuerzo regional a favor de Somalia para combatir la piratería a través de la Operación Atalanta de la Fuerza Naval de la Unión Europea (EUNAVFOR) y la EUCAP Somalia, así como de la Fuerza Combinada de Operaciones de las Fuerzas Marítimas Combinadas, y se ha destacado la Iniciativa SHADE (Shared Awareness and Deconfliction) y los esfuerzos realizados por países, como China, Rusia, India, Japón y la República de Corea, que han provisto de buques oficiales a las misiones navales contra la piratería.

Somalia ante la presión internacional ha creado un Departamento de Administración Marítima, para contribuir al interior con la vigilancia de sus costas y prevenir y reprimir el delito de piratería, así como también ha mantenido vínculos de colaboración con el Programa contra la Delincuencia Marítima de la UNODC para la detención de sospechosos de piratería, su detención y enjuiciamiento, bajo las normas del derecho internacional y los derechos humanos.

Los retos para Somalia

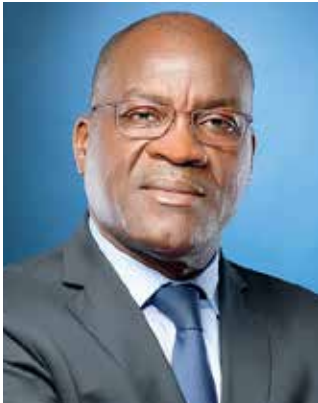
El Estado debe legislar el tipo penal de la piratería, de acuerdo con los estándares internacionales fijados por la comunidad internacional, e incluso remediando aquellas lagunas que la propia comunidad internacional ha omitido en la definición de la piratería, sobre el interés no solo privado, sino incluso político. Somalia debe cumplir sus obligaciones internacionales, de preservar la integridad de su territorio y alertar a otros respecto de los peligros en sus propios litorales. El Estado debe contribuir con la comunidad internacional en la prevención, combate y represión del delito de piratería y del financiamiento ilícito, que interviene en la generación y expansión de este y otros delitos. Somalia mantiene muchos frentes abiertos contra el estado de derecho, que los grupos criminales han aprovechado para mantener amedrentada no solo a la sociedad, sino incluso a otros Estados víctimas del delito de piratería en altamar, que fomenta incluso el delito de secuestro de los tripulantes o del personal de las embarcaciones que navegan cerca de sus costas. ■

La Organización Marítima Internacional (OMI) adoptó el término “robo a mano armada perpetrado contra buques” en su Código de prácticas para la investigación de los delitos de piratería y robo a mano armada.

4. R. Tamayo, “La piratería y el derecho internacional”. Obtenido de CONVEMAR: <https://rafaeltamayo.com/2014/03/09/la-pirateria-y-el-derecho-internacional/>.

5. S/RES/1816 (2008) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: [https://undocs.org/es/S/RES/1816%20\(2008\)](https://undocs.org/es/S/RES/1816%20(2008)).

Iliana RODRÍGUEZ SANTIBAÑEZ
Profesora-investigadora
México, México
ilrodrig@tec.mx



Les sûretés dans leurs rapports avec l'arbitrage

Joachim BILE-AKA

↘ The development of arbitration in the integrated legal space that is OHADA has made it possible to unveil certain difficulties, in particular, the knowledge of securities by the arbitrator. The arbitrator, who settles the dispute like a judge, is no less deprived of *imperium*. Therefore, regarding securities, one must necessarily ask whether the power of the arbitrator allows the arbitrator to know, under the same conditions as the judge, questions relating to securities, whether concerning their setting up or their execution. The answer to such a question necessarily influences the choice of the parties. At present, in OHADA law, the data almost naturally directs the parties towards the state judge for all questions relating to securities. However, recent developments suggest that the arbitrator's power will evolve, and that the parties will soon choose the arbitrator over the judiciary type of dispute resolution.

↘ El desarrollo del arbitraje en el espacio jurídico integrado que constituye la OHADA ha revelado ciertas dificultades, en particular en relación con la competencia del árbitro en materia de garantías reales. El árbitro, que decide la disputa como un juez, carece sin embargo de *imperium*. Así, es necesario preguntarse si la potestad del árbitro le permite conocer, en las mismas condiciones que el juez, cuestiones relativas a las garantías reales, ya sea en cuanto a su constitución o a su ejecución. La respuesta a tal pregunta influye necesariamente en la elección de las partes. Actualmente, en la ley de la OHADA, las partes se dirigen casi de manera natural hacia el juez estatal para todo lo relacionado con las garantías. Sin embargo, desarrollos recientes sugieren que las potestades del árbitro evolucionarán y que pronto las partes elegirán el arbitraje en lugar de la resolución de disputas en procedimientos judiciales.

Introduction

Cette présentation, loin de prétendre à une exhaustivité quant à la richesse des rapports entre l'arbitrage et les sûretés, se veut tout simplement prospective. Mieux qu'un simple exposé des thèses induites par la thématique, la présente restitue la synthèse d'une discussion, tenue à l'occasion d'un colloque sur l'arbitrage et les sûretés en droit OHADA, intitulée : " Arbitrage ou justice étatique en matière de sûreté : que choisir ? ".

Se trouvait évoquer en filigrane la question de l'efficacité des sûretés, aussi bien dans leur constitution que dans leur réalisation, selon que les parties choisissent le juge ou selon qu'elles optent pour l'arbitre. Tout choix obéissant à des influences endogènes et exogènes, donc à la prise en compte de certains facteurs, les discussions ont révélé que les données actuelles orientent presque naturellement les parties vers le juge (I). L'accueil réservé à l'arbitrage dans le système judiciaire de l'OHADA¹, auquel il faut ajouter ses évolutions récentes, font tout même espérer une évolution du choix en faveur de l'arbitre (II).

1. Organisation pour l'Harmonisation, en Afrique, du Droit des Affaires.

I- Les données actuelles du choix entre le juge et l'arbitre en matière de sûreté

L'orientation actuelle du choix entre arbitre et juge est fonction de l'articulation des compétences respectives de l'un et l'autre dans la matière des sûretés.

Les données actuelles devraient en principe inciter les plaideurs ou les parties à recourir à l'arbitrage, qu'il s'agisse de l'arbitrage OHADA tel qu'organisé par l'Acte Uniforme relatif à l'arbitrage ou qu'il s'agisse de l'arbitrage institutionnel sous les auspices de la CCJA², régi par le règlement d'arbitrage.

Pour le premier type d'arbitrage, celui organisé dans les centres nationaux d'arbitrage (CACI en l'occurrence) ou celui laissé aux soins des parties (arbitrage *ad hoc*), l'article 2 dudit Acte uniforme précise que : " Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition... ". Les sûretés relevant de

2. Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

ces matières, rien ne s'oppose à ce que dans le cadre de ces arbitrages, les parties concèdent, conformément à l'autonomie de la volonté, la compétence à l'arbitre pour connaître des aspects du litige qui y sont relatifs.

Pour le second type d'arbitrage (arbitrage institutionnel sous l'égide de la CCJA), texte de référence est le règlement d'arbitrage, dans sa version de 2017. L'esprit qui s'en dégage est l'instauration d'une compétence concurrente du juge et de l'arbitre en matière de sûretés. Concurrence sur laquelle il faut insister pour permettre aux parties de savoir qu'elles ont un choix, faculté qu'elles ignorent en général. Celle-ci résulte de l'article 10-1° du règlement d'arbitrage de la CCJA qui dispose que : " *sauf stipulation contraire, la convention d'arbitrage donne compétence au tribunal arbitral pour se prononcer sur toute demande provisoire ou conservatoire pendant le cours de la procédure arbitrale, à l'exception des demandes relatives aux sûretés judiciaires et aux saisies conservatoires...* ".

Il se dégage de cette disposition plusieurs éléments qui, connus des parties, feraient certainement infléchir leur orientation systématique vers le juge étatique.

Le premier élément est que l'arbitre n'est pas dépourvu de compétence en matière de sûreté. Certes, la simple convention d'arbitrage ne suffit pas à lui conférer ni la compétence pour connaître d'une sûreté judiciaire, ni celle pour connaître des mesures conservatoires. Mais conformément à la volonté des parties, celles-ci peuvent, par le biais d'une stipulation spéciale, inclure dans sa compétence le pouvoir de trancher leurs différends relatifs aux sûretés. L'arbitre peut donc connaître des sûretés judiciaires, au même titre que le juge étatique. Il faut simplement qu'une clause spéciale le prévoit. Cette nécessité d'une clause spéciale constitue une faiblesse de l'arbitrage. En effet, si les parties n'ont pas conçu la compétence de l'arbitre de sorte à y inclure la sûreté judiciaire, elles ne pourront le saisir à cet effet à la naissance du litige ou en cours d'arbitrage, à moins qu'un compromis spécifique n'intervienne ; compromis hypothétique une fois le litige né.

Le second élément établit plutôt une certaine égalité entre le juge et l'arbitre à propos de certaines sûretés, ce qui est un facteur pouvant orienter le choix des parties vers l'arbitrage. Ledit élément découle de l'interprétation *a contrario* de l'article 10-1°. La non-énumération des sûretés légales et conventionnelles dans la catégorie de celles pour lesquelles une clause spéciale est nécessaire pour fonder la compétence de l'arbitre signifie que quelle qu'en soit sa teneur, toute convention d'arbitrage emporte au profit de l'arbitre le pouvoir de connaître desdites sûretés.

Quoique la synthèse de ces interprétations fonde la compétence de l'arbitre aussi bien pour les sûretés judiciaires, conventionnelles que légales, il reste que les enseignements de la pratique commandent de nuancer les choses. En effet, les sûretés sont appréhendées soit dans leur constitution, soit dans leur réalisation. Ainsi, si à partir des développements qui précèdent, les sûretés dans leur diversité peuvent, conformément à la volonté des parties, être constituées sous les auspices du juge ou de l'arbitre, la solution n'est pas vraie pour leur réalisation. Il semble que l'arbitre ne peut valablement connaître

de la réalisation d'une hypothèque, par exemple. Ce qui est de nature à orienter le choix des parties vers la justice étatique.

Cette donnée n'est cependant pas immuable et de nombreuses raisons existent qui permettent d'espérer une perspective d'évolution du rôle ou de la compétence de l'arbitre à propos des sûretés et subséquemment d'accroître les intérêts qu'il y a à recourir à l'arbitre.

II- Les perspectives d'évolution du choix en faveur de l'arbitre

Les perspectives des rapports entre arbitrage et sûretés sont à envisager dans un sens d'une compétence plus accentuée et connue de l'arbitre à propos de cette institution. Sans besoin de rappeler que le droit OHADA en fait le mode principal de règlement des différends, la philosophie qui préside à son institution et le besoin de son autonomie vis-à-vis de la justice étatique, gage de son efficacité, sont des leviers à actionner sous l'angle des sûretés pour rendre l'arbitrage plus attractif. Certes, l'on se réjouit de la compétence reconnue à l'arbitre pour la constitution des sûretés ou pour connaître des litiges qui y sont relatifs. Mais, l'hésitation étant permise quant à sa compétence pour leur réalisation (ou plutôt pour la réalisation de certaines), les choses peuvent évoluer par un équilibre des compétences entre juge étatique et arbitre. Tout comme le juge, l'arbitre tranche un litige. Mais à la différence du juge, l'arbitre n'a pas *l'imperium*. L'approche qui accroîtra certainement l'attrait de l'arbitre en matière de sûreté est d'observer les offices du juge, à la fois aux stades de leur constitution et de leur réalisation, pour séparer ce qui est expression de l'imperium de ce qui ne l'est pas. De la sorte, par symétrie, l'on accorderait à l'arbitre la compétence pour accomplir toute formalité ou procédure n'exprimant pas l'imperium.

Conclusion

Les sûretés entretiennent avec l'arbitrage des rapports si riches qui dépassent les réflexions nourries dans le cadre de cette présentation. Celles-ci se sont modestement limitées à rechercher, entre l'arbitrage et la justice étatique, la voie qui assure une meilleure efficacité aux sûretés, dans leur finalité de sécurité pour le créancier. Il va, sans dire, qu'à l'heure actuelle, en droit OHADA, les données orientent presque naturellement les parties vers le juge étatique pour toutes les questions relatives aux sûretés. Les évolutions récentes du droit OHADA en matière d'arbitrage laissent tout de même entrevoir les prémises d'une évolution des compétences de l'arbitre. ■

Joachim BILE-AKA

*Deuxième Vice-Président du Sénat International
des Barreaux de l'UIA*

*Membre de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI
Avocat et Arbitre*

Bilé-Aka, Brizoua-Bi & Associés
Abidjan, Côte d'Ivoire
joachim.bileaka@bilebrizoua.ci



Arbitration in Nigeria, Moving Forward?

Banke OLAGBEGI-OLOBA

➤ Selon Olufokunbi, les conflits dans tous les aspects des relations humaines, dans toutes les sociétés, sont inévitables en raison d'intérêts divers, souvent conflictuels. L'une des fonctions principales de la loi est d'aider à résoudre les différends qui découlent de tels conflits. La nécessité d'une dispense rapide des litiges, en particulier, dans les affaires commerciales, est donc plus importante que jamais. Au fil des ans, l'arbitrage au Nigeria s'est avéré être un moyen efficace de résoudre les différends commerciaux, avec peu de ratés. Nonobstant les incidents, contrairement aux litiges et aux autres formes de règlement extrajudiciaire des litiges (ADR) telles que la médiation et la conciliation, l'arbitrage a été préféré par les parties, dans les affaires commerciales en raison de ses caractéristiques uniques et du respect de l'autonomie des parties, de la flexibilité procédurale contrairement au cas avec litige, à la capacité des parties à décider de leur choix de siège, de règles, de langue et d'arbitres ; à la doctrine de la séparabilité de la convention arbitrale ; ses effets obligatoires et définitifs ; confidentialité et vie privée entre autres. Cet article présente et interroge donc l'état actuel de l'arbitrage au Nigeria – qu'il avance ou non.

➤ Según Olufokunbi, las disputas en todos los aspectos de las relaciones humanas y en todas las sociedades son inevitables debido a la existencia de intereses diversos, a menudo en conflicto. Una función primordial de la ley es ayudar a resolver las controversias derivadas de dichos conflictos. Por lo tanto, la necesidad de encontrar una pronta resolución a las controversias, especialmente en los casos comerciales, es más importante ahora que nunca. A lo largo de los años, el arbitraje en Nigeria ha demostrado ser un medio eficaz para resolver conflictos comerciales, aunque con algunos contratiempos. A pesar de estos contratiempos, a diferencia de los litigios y de otras formas de resolución alternativa de controversias (ADR), tales como la mediación y la conciliación, el arbitraje ha sido preferido por las partes en materia comercial debido a sus características únicas y el respeto a la autonomía de las partes; flexibilidad procesal en contraste con lo que ocurre en los litigios; la capacidad de las partes para decidir sobre la sede, las reglas, el idioma y los árbitros; la doctrina de la separabilidad del acuerdo arbitral; sus efectos vinculantes y finales; la confidencialidad y la privacidad, y más. Por lo tanto, este documento analiza e interroga el estado actual del arbitraje en Nigeria y sus potenciales avances.

Introduction

It is trite to say that disputes are an inevitable part of human interactions. Disputes arise as a result of human transactions ranging from commercial, family, matrimony, social, economic, political to community and neighborhood transactions to mention but a few. The traditional method of resolving these disputes in Nigeria is by litigation. This involves parties appearing before a judge, appointed by the state and parties' having no say whatsoever in the mode of appointment of the judge, the conduct of the proceeding at large and applicable Laws. This system of dispute resolution is adversarial, not party friendly and rigid. Owing to rapid societal developments, expansions and complexity of human activities, the number of cases in courts has escalated, and the courts gradually becoming overcrowded with cases, resulting in a radical delay and a slow system of justice delivery.

Hence leaving the common person hopeless, helpless and frustrated as business activities are particularly being clogged and revenue sources are becoming shattered and disrupted. This necessitates the need for various alternative means of resolving disputes to be explored in the country, such as arbitration. For further examination of these points, see, V. B. Olagbegi-Oloba, "Should we go to court? An examination of Arbitration as an Alternative to Litigation in Nigeria" (2019)¹.

Arbitration, unlike the regular court process, is a privately conducted process of dispute resolution, outside of litigation. It is often considered to be cheaper, flexible, final, binding, enforceable, parties-friendly, time-saving and confidential. A remarkable feature of arbitration, as

1. IMSU Journal of International Law and Jurisprudence, Vol. 4, 190.

opposed to litigation, is its element of “party autonomy”, which allows parties the freedom to agree on how their disputes are resolved, including the selection of arbitrators, applicable rules, seat and place of arbitration amongst others. Although customary arbitration is recognized under the Nigerian legal system, it is the position of a school of thought that it cannot meet the needs of modern business relationships. Therefore, with the advent of development came the need to have in place a suitable legal framework for the conduct of arbitration in Nigeria, as explained in Orojo O. & Ajomo A., *Law and Practice of Arbitration and Conciliation in Nigeria* (Mbeyi & Associates (Nigeria) Limited 1999), 3 & 13. The first statute on arbitration in Nigeria was the 1914 Arbitration Ordinance which came into force on the 31st day of December 1914, while the main arbitration law in Nigeria today is the Arbitration and Conciliation Act (ACA), Chapter A18, Laws of the Federation of Nigeria, 2004. The ACA provides a unified legal framework for the fair and efficient resolution of commercial disputes by arbitration and conciliation in Nigeria. It borrows heavily from the UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Model Law of International Commercial Arbitration which was adopted by the United Nations General Assembly in 1985 and the Arbitration Act of 1914.

This paper therefore highlights the current position of Arbitration in Nigeria by heavily relying on some key provisions of the ACA. It will also provide an overview of the ways in which Nigerian courts have interpreted and leaned in their weights to ensure effective application of the provisions of the ACA, in the bid to ensure the continued growth and development of Arbitration as a means of resolving commercial disputes in Nigeria.

Conceptual Definition of Arbitration

Arbitration was defined in the case of *NNPC v Lutin Investment Limited*, (2006) 25 NSCQR 77 at 111-112 thus; “Arbitration is the reference of a dispute or differences between not less than two Parties for determination after hearing both sides in a judicial manner, by a person or persons other than a court of competent jurisdiction”. It was further defined in *MISR Nigeria Ltd v Oyedele*, (1966) NCLR 191, 194, where the court adopted the definition in Halsbury’s Laws of England; thus, “An Arbitration is the reference of dispute or difference between not less than two parties, for determination after hearing both parties in a judicial manner by a person or persons other than a court of competent jurisdiction”.²

To another school of thought, arbitration may be defined as the process by which a dispute or difference between two or more parties as to their mutual legal rights and

liabilities is referred to and determined judicially and with binding effect by the application of law by one or more persons (the arbitral tribunal) instead of by a court of law. Arbitration is only an alternative to litigation and it does not replace the judicial machinery in all aspects. Rather it co-exists with it.³ Arbitration, to Ohajanwa in *Basics of Conflict Resolution* 1st edn, (CEPECT & Cinoryz world services 2011) 36, is a form of a 3rd party intervention process where the intervener (i.e., the arbitrator) reserves the right or power to hand down a resolution decision or terms on disputants. From the above definitions, it can be deduced that arbitration is a process of dispute settlement in a judicial-like manner, by a third (neutral) party, voluntarily appointed by the disputing parties with commitment to the binding effect of the outcome of the arbitration.

Arbitration Agreement and Appointment of Arbitrators under the ACA

It is well-settled that parties to an agreement are bound by the terms therein and the Court ought to give effect to the intention of the parties thereto, as deducible from the terms of their agreement.⁴ Arbitration often occurs because parties to contracts have agreed that any future dispute concerning the contractual agreement between them would be resolved by arbitration. It is worthy of mention that without an arbitration agreement, there can never be an arbitration process. The agreement has a life of its own and by virtue of Section 12(2) of the ACA (which provides for the doctrine of separability), it is irrevocable except by agreement or the leave of court. It is binding and enforceable. It gives life to arbitration process. It is the foundation upon which every arbitration proceeding is based. It also confers jurisdiction upon arbitrator(s). The court in *BCC Tropical (Nig) Ltd v. Government of Yobe State of Nigeria & Anor* (2011) LPELR-9230(CA) reiterates the fact that “an arbitration clause is a clause inserted in a contract, providing for compulsory arbitration in case of dispute as to rights and liabilities under such contract. The purpose of that clause is to avoid having to litigate disputes that might arise”. An arbitra-

Arbitration often occurs because parties to contracts have agreed that any future dispute concerning the contractual agreement between them would be resolved by arbitration.

2. Halsbury’s Laws of England, 3rd Edit ion, Vol. 2, p. 2.

3. Vasudha T. and Garima T., “Ad-hoc and Institutional Arbitration”, <http://www.legalserviceindia.com/article/I64-Ad-Hoc-and-Institutional-Arbitration.html> accessed on 6 May 2021.

4. See: *JFS Investment Ltd. V. Brawal Line Ltd.* (2010) LPELR-1610(SC); *Oforishe v. Nigerian Gas Co. Ltd* (2017) LPELR-42766(SC).

tion agreement is, therefore, the proof that the parties have consented to resolve their disputes by arbitration and to remove their disputes from a state court system (where applicable).⁵ Pursuant to Section 5 of the ACA, until obeyed, the agreement serves as a 'Bar' to litigation (stay of proceedings).

The process of arbitration can only commence if there exists a valid arbitration agreement between the parties prior to the emergence of the dispute, or after dispute has arisen (through submission agreement). As provided under section 1 of the ACA, such an agreement must be in writing. The contract, regarding the circumstances

The court places itself in the position of the tribunal, not above it, and determines the case on that assumption.

upon which the dispute exists, must either contain an arbitration clause or must refer to a separate document signed by the parties containing the arbitration agreement. The existence of an arbitration agreement can also be inferred by written correspondence such as letters, telex, or telegrams

which provides a record of the agreement. An exchange of the statement of claim and defense in which existence of an arbitration agreement is alleged by one party and not denied by other is also considered as a valid written arbitration agreement.

In recent years, the enforceability of arbitration agreements has drawn scrutiny from courts and Nigeria is not an exception.⁶ The doctrine of *Pacta Sunt Servanda* ("Agreements must be kept") applies strictly to arbitration agreements and lately, the courts in Nigeria have been strictly enforcing it. For instance, in *Mekwunye v Lotus Capital LTD & ORS* (2018) LPELR-45546(CA), the Court of Appeal upheld the decision of the High Court in favour of the Respondents thereby, dismissing the appeal on the grounds that the suit lacked merit and cannot be entertained in favour of the Appellant until reference has been made to arbitration and exhausted in compliance with the agreement between the parties. The court unequivocally states in the matter that party's compliance with the terms of arbitration agreement between them is a condition precedent to its exercise of jurisdiction. This indeed is highly remarkable and that has been the position of other courts in Nigeria lately.⁷

On the appointment of arbitrators, participation of the third party neutral (i.e., the Arbitrator) is typically voluntary and based on the parties' agreement, choice

and acceptance.⁸ An arbitrator is a person(s) who is chosen by agreement of parties in a controversy, to settle the dispute between them in a judicious manner, other than litigation as held in *Magbagbeola v Sanni* (2005) 4 SCM 78 at 80. The appointment of arbitrator(s) follows immediately after the service of notice of arbitration by a party (the Claimant/Petitioner) on the other (the Respondent/Defendant). Although often in the notice of arbitration, the party serving the notice informs the other that it has appointed an arbitrator and either requests that the other party concur to the appointment or appoint his/her own arbitrator depending on the number of arbitrators stipulated in the agreement. In Nigeria, under Section 7 of the ACA, an arbitral tribunal may be appointed by the parties, an arbitral institution (if institutional and subject to parties' agreement), existing arbitrators, or the Court. By S 6 of the ACA, where parties fail to stipulate the number of Arbitrators in their agreement, the number will be deemed to be three, and a sole arbitrator or a panel of arbitrators once appointed, constitutes the Arbitration Tribunal. Except for some interim measures, there is very little scope for judicial intervention in the arbitration process. The arbitration tribunal, once constituted, has jurisdiction to rule and decide over all matters submitted to it, including its own jurisdiction (the doctrine of competence/competence) under S 12(1) of the ACA. Although parties are at liberty in their agreement to specify the number and also, mode of appointment of their arbitrator (s), where they are silent on same, then Section 7 of the ACA applies.

It provides: "*Subject to subsection (3) and (4) of this section, the parties may specify in the arbitration agreement, the procedure to be followed in appointing an arbitrator. Where no procedure is specified by parties in their agreement;*

- (a) *In the case of an arbitration with three arbitrators, each party shall appoint one arbitrator and the two thus appointed shall appoint the third;*
- (b) *If a party fails to appoint the arbitrator within thirty days of receipt of a request to do so by the other party or if the two arbitrators fail to agree on the third arbitrator within thirty days of their appointment, the appointment shall be made by the court on the application of any party to the arbitration agreement".*

By virtue of the combined provisions of S 7 and 57(1) of the ACA, the High Court has the jurisdiction to entertain a suit seeking the appointment of arbitrators where the agreement between the parties contains no comprehensible appointment procedure and where one of the parties having been put on notice by the other to appoint or nominate an arbitrator, fails to so act.

A party dissatisfied with the appointment or mode of appointment of an arbitrator can challenge same in

5. N. Voser and D. Girsberger, *International Arbitration in Switzerland*, (Schulthess Publishers, 2008) p. 4.

6. David. S. Schwartz, "Mandatory Arbitration and Fairness", 84 *Notre Dame L. Rev.* 1247.

7. See also the position of the court in *NB PLC v. Akperashi & Anor* (2019) LPELR-47267(CA) and a plethora of other landmark cases.

8. *BUA International Ltd v. Sketchyz Consulting Ltd* (2019) LPELR-47374(CA).



court. There are two major grounds upon which a party can challenge the appointment of an arbitrator under the ACA. They are stipulated under S 8 (3a-b) of the ACA where there exists a reasonable doubt as to the impartiality or independence of the arbitrator or where there exists lack of proper qualification of the arbitrator as required by the arbitration agreement. Interestingly however, where a party for instance deviates from the terms of an arbitration agreement regarding the process of appointment of arbitrator(s) and the other party, knowing about the deviation, actively submits himself to the process, the ACA will not permit him to turn back after an Award has been rendered to challenge the Award solely on that ground. That party will be deemed to have waived the right to object. Section 33 of the ACA provides that a party who knows:

(a) that any provision of this Act from which the parties may not derogate; or

(b) that any requirement under the arbitration agreement, has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating his objection to such non-compliance within the time limit provided therefore shall, be deemed to have waived his right to object to the non-compliance.

Thus, in *BUA International Ltd v. Sketchyz Consulting Ltd*, *supra*, it was held that the Appellant was well aware that the procedure adopted by the Respondent was at variance with the procedure agreed on in their arbitration agreement, yet the Appellant still went ahead

to voluntarily submit himself to the arbitral process. If he had not re-agreed that the appointment was valid, he ought to have objected and proceeded immediately to the court at his earliest opportunity, for a redress. But he did not. This shows that the Appellant agreed with the way and manner the appointment was done.

From the foregoing, it is clear that both legislation and the Nigerian judiciary strongly frown against clogs and promote the use of Arbitration as a means of resolving disputes in the country. The position of the Judiciary in giving force to the ACA in recent times as opposed to what obtains in the past is also highly commendable.

Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in Nigeria

As a matter of general rule and practice, arbitral awards are final and binding. An award is expected to be complied with by parties who have voluntarily submitted themselves to an arbitral process. The party against whom an arbitral award is made may voluntarily obey the order and comply since the award is binding between the parties.⁹ It is when it is not complied with that the question of enforcement by the winning party arises. Section 31(1) of the ACA provides that “an arbitral award shall be recognized as binding and shall upon application in writing to the court be enforced by the court”. The court held in *Raz Grazi Construction Co. Ltd. v Federal Capital Development Authority*, (2001) LPELR/2941 SC that:

“A valid award on voluntary reference no doubt operates between the parties as a final and conclusive judgement upon all matters referred. It should be remembered that when parties decide to take their arbitration, they are simply opting for an alternative mode of dispute resolution. It must be emphasized that the parties have a choice to either submit their dispute for determination by a court or refer the matter in dispute to an arbitrator”.

The principle above is very popular in Nigeria, and has been applied in a plethora of cases, including the following recent cases; *Adamen Publishers Nigeria Limited v Mr Ainenehi Andy Abhulimen* (2015) LPELR-25777(CA), *Nigerian Telecommunications Limited v Engr. Emmanuel C. Okeke* (2017) LPELR-46284(SC), *Mr. Charles Mekwunye v Mr. Christian Imoukhuede* (2019) LPELR-48996(SC).

Although parties may appeal arbitration outcomes to courts, such appeal faces an exacting standard of review.¹⁰ By S 32 of the ACA, an unsatisfied party, after an arbitral process, may move the court to refuse recognition and

9. “Arbitration as a Tool for Dispute Resolution in Nigeria today”, <http://www.oblaandco.com/wp-content/uploads/ARBITRATION-AS-A-TOOL-FOR-DISPUTE-.pdf> accessed on 6 May, 2021.

10. International Institute for Conflict Prevention & Resolution. “Arbitration Appeal Procedure.” <http://.cpradr.org/Clauses Rules/ArbitrationAppealProcedure/tabid/79/Default.aspx> accessed on 2 April 2021.

enforcement of an award. On enforcement of arbitral awards, the court held further in *Raz Grazi Construction Co. Ltd. v Federal Capital Development Authority* that:

“An award made, pursuant to arbitration proceedings constitutes a final judgment on all matters referred to the arbitrator. It has a binding effect and shall be recognized and enforced by the Court. Thus, if an award is not challenged, then it becomes a final and binding determination of the matters between the parties. The losing party cannot be heard to say he wants to argue some point or other. Just as he would not be allowed to do so in the case of a judgment not appealed from, he should not, and would not do so in the case of an award that he has also not challenged. If an issue is raised for decision and has been decided, that is final.

The parties cannot be allowed thereafter to re-open it. The reason is that just as the parties would not be allowed to do so in the case of a judgment not appealed, the point so decided in arbitration is res judicata.”

From the foregoing, it is clear that the courts are making remarkable efforts to give effect to arbitral awards by recognizing and enforcing same especially when they are not challenged. By

virtue of s. 31 (2) of the ACA, where a party applies to court for the enforcement of the Award, he must attach a duly authenticated original Award or a Certified True Copy thereof, and the original Arbitration agreement or a Certified True Copy thereof. The registrar of the arbitration tribunal or the members of the tribunal are in a position to certify copies of the award and the arbitration agreement on which the award was based. The successful party thereafter applies for the leave of court to enforce the award. An award is enforceable in the same manner as a judgment of the court, or by way of an order of the court, i.e. by filing a proceeding under the Sheriffs and Civil Process Act.

It is trite that although, parties can apply to court for recognition and enforcement of awards, it has been held that it is wrong for a court to covert an award into its judgment. In *Raz Grazi Construction Co. Ltd. v Federal Capital Development Authority*, *Supra*, the parties were already in court over their dispute. Thereafter they agreed to invoke the arbitration clause in the contract between them. They appointed an arbitrator and agreed to be bound by his award. At the end of the arbitration, the arbitrator forwarded his award to the court. The Defendant then sought to set aside the award, but the High Court refused and made the award the judgment of the court. Dissatisfied, the defendant appealed to the Court of Appeal which upheld the judgment of the High

Court, whereupon he appealed to the Supreme Court. The Supreme Court dismissed the appeal and held that the award was valid, final and conclusive. The Supreme Court however noted that it was wrong for the High Court to have converted the award to its own judgment as the role of the court in the wise was merely to order the enforcement of the Award where it holds that there is no basis for the challenge.

Setting Aside of an Award

In practice, it has been observed that the courts are usually reluctant to set aside an arbitral award. The courts are not allowed to inquire into the award to ascertain whether it is wrong in law or not as arbitration is not a legal inquiry in the strict sense. The arbitration tribunal may be composed of non-lawyers. Thus, where rules of evidence have not been followed, the court will not use that as a basis to interfere with the Award. See *Baker Marine Nigeria Ltd, v Danos & Trade Marina Contractors*. (2001) 7 NWLR (pt. 712) 337.

According to Professor Ibidapo Obe in his note on arbitration process in Nigeria, the courts would rather consider the state of the law as understood by the tribunal, and as stated on the face of the award as the tribunal rightly or wrongly perceived it. The court places itself in the position of the tribunal, not above it, and determines the case on that assumption. Consequently, except where the award was improperly procured in terms of bribery and corruption, the courts often limit themselves to intervene only where there is an obvious patent error on the face of the record.¹¹ For example, in *Baker Marine Nigeria Ltd. v Chevron Nigeria Ltd*, (2002) 12 NWLR (pt. 681) 393, the arbitrator granted a relief that was not claimed by awarding punitive damages whereas the arbitration agreement stipulated that only nominal damages may be awarded. The Court of Appeal held this to be sufficient ground to set aside the award.

Going by the provisions of S. 29 and 30 of the ACA, on application to the court by a party, an arbitration award can be set aside on the following grounds:

- Proof that award contains decisions on matters beyond the scope of Submission. In such an instance, the subject matter would be severed and the court would set aside the parts that are beyond the jurisdiction of the tribunal;
- where an arbitrator misconducts himself, where the arbitral proceeding or award has been improperly procured.

Another ground which is not expressly contained in the ACA is where it is established that the arbitrator, in writing his award, delegated his powers to another. This was

11. Ibidapo-Obe A., “Arbitration and Conciliation Act; Legal Drafting of Arbitration Agreement with emphasis on drafting Arbitration Clause; Enforcement of Arbitral Awards; Setting aside of Awards; and Grounds for setting aside an Award” being a lecture note for the Nigerian Institute of Chartered Arbitrators (ABUAD Associate Training Program), February 2017.

From the foregoing, it is clear that both legislation and the Nigerian judiciary strongly frown against clogs and promote the use of Arbitration as a means of resolving disputes in the country.



Schéma d'organisation et de fonctionnement de l'OHADA

Jacques-Brice MOMNOUGUI

↳ The OHADA system of Law realized the harmonization in Business law amongst seventeen countries in Africa since its adoption in the 90's decade. The success of OHADA is strongly due to its strong and modern organization. In the first hand, it appears as an institutional organization with formal representatives of the State-parties. In the second hand, it also a legal organization by ruling the Business Law of the seventeen countries through its Uniform Acts. The goal of this study is to understand the government and the ruling of the OHADA system of Law.

↳ Desde su adopción en la década de los noventa, el sistema de derecho de la OHADA ha logrado la armonización del derecho comercial entre diecisiete países de África. El éxito de la OHADA se debe en gran medida a su sólida y moderna organización. En primer lugar, aparece como una organización institucional con representantes oficiales de los Estados parte. En segundo lugar, es también una organización jurídica que regula el Derecho Mercantil de los diecisiete países a través de sus Leyes Uniformes. El objetivo de este estudio es comprender el gobierno y el funcionamiento del sistema de derecho de la OHADA.

Le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Sénégal) était signé le traité (Traité) portant Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA). Il a été révisé le 17 Octobre 2008 à Québec (Canada). Les 17 États suivants sont signataires du Traité harmonisé : Le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad, le Togo et la République démocratique du Congo.

Les langues de travail sont : le français, l'anglais, l'espagnol et le portugais (ensemble les " États parties " ou séparément " l'État partie ").

Cette harmonisation s'est traduite par l'adoption d'actes uniformes (Actes Uniformes ou AU) dont l'adoption et la publication au journal officiel de l'OHADA les rendent directement applicables aux États parties sans transposition. Du fait de cette technique, l'on parle désormais du Droit " Uniforme " OHADA et non du Droit Harmonisé dans les matières qu'il régit.

Il doit être relevé que c'est la volonté politique des États membres qui a permis la mise en place de l'espace juridique OHADA, matérialisé par ses institutions et son processus propre d'adoption des Actes Uniformes par voie institutionnelle (B).

L'OHADA est en effet à la fois une organisation institutionnelle (I) et une organisation normative (II).

I. L'organisation institutionnelle

L'espace OHADA repose sur la création d'institutions nécessaires au fonctionnement uniforme des États parties (A.) et s'est offert la mise en place du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM), l'équivalent du Greffe du Tribunal de Commerce en France (B.).

A) Les institutions de L'OHADA

1. La Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement des Pays membres de l'OHADA

Elle est l'organe Suprême de l'OHADA. Cette institution n'existait pas lors du Traité originel de 1993. C'est à l'occasion de sa révision au Sommet de Québec du 17 octobre 2008 que les États parties ont décidé de sa création. Elle est composée des Chefs d'État et de Gouvernement des États parties. Elle est présidée par le Chef de l'État ou de Gouvernement dont le pays assure la présidence du Conseil des Ministres.

Elle est compétente pour connaître de toutes les questions relatives au Traité et se réunit à l'initiative de son Président ou à celle des deux tiers des États membres. La Conférence est valablement réunie lorsque les deux tiers des États parties sont représentés, et les décisions sont prises par consensus ou, à défaut, à la majorité absolue des États parties présents.

2. Le Conseil des ministres

Il se compose des Ministres chargés de la Justice et des Ministres des Finances ; il se réunit au moins une fois par an, sur convocation de son Président, à l'initiative de celui-ci ou du tiers des États parties, et ne peut valablement délibérer que si deux tiers au moins des États-parties sont représentés. La présidence est exercée à tour de rôle par chaque État partie pour une durée d'un an dans l'ordre alphabétique des pays.

3. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA)

Véritable innovation du Traité, elle a pour attributions essentielles : de connaître des pourvois contre les décisions des juridictions nationales rendues en dernier ressort et, en cas de cassation, de juger au fond ; de donner des avis sur l'interprétation et l'application communes du Traité, des règlements pris pour son application et des Actes uniformes ; d'intervenir en matière d'arbitrage.

La CCJA est composée de 9 juges. Son siège est à Abidjan, Côte d'Ivoire.

4. Le Secrétariat permanent

Le Secrétariat permanent, rattaché au Conseil des ministres, est chargé de la préparation de tous les actes et du programme annuel d'harmonisation du droit des affaires. Son siège est à Yaoundé (Cameroun).

5. L'École Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA)

L'ERSUMA est chargée d'assurer la formation et le perfectionnement des magistrats et des auxiliaires de justice des États membres en droit harmonisé et en droit des affaires. Son siège est à Porto Novo, Bénin.

B) Une institution technique : le RCCM

Le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM) est l'équivalent du Greffe du Tribunal de Commerce en France.

Selon l'article 35 de l'Acte uniforme sur le droit commercial, il a pour objet de recevoir : " 1°) les demandes d'immatriculation, 2°) la déclaration d'activité de l'entrepreneur ; 3°) le dépôt des actes et pièces (...); 4°) les demandes de mention modificative, complémentaire et secondaire ; 5°) les demandes de radiation des mentions y effectuées ; 6°) les demandes d'inscription des sûretés (...), l'inscription des contrats de crédit-bail ; 7°) les demandes d'inscription modificative ou de renouvellement d'inscription des sûretés 8°) les demandes de radiation des inscriptions ; 9°) de délivrer, à toute époque, les documents nécessaires pour établir l'exécution par les assujettis des formalités prévues par les Actes uniformes et toute autre disposition légale ; 10°) de mettre à la disposition du public les informations (...)."

La demande est faite auprès soit du greffe de la juridiction compétente, soit de l'organe compétent dans l'État partie, dans le ressort de laquelle son activité se déroule (Art. 44).

Le Secrétariat permanent de l'OHADA a conduit une vaste mission d'informatisation du RCCM mais l'œuvre est pour l'instant loin d'être parachevée. On peut cependant noter que la mise en place du RCCM a accéléré la création de centres de formalités des entreprises dans la plupart des pays de l'espace OHADA.

II- L'organisation normative

L'organisation normative se traduit par des Actes Uniformes (A) dont le processus d'adoption mérite d'être précisé (B).

A) Organisation normative juridique : les actes uniformes

Les Actes Uniformes portent essentiellement sur le droit des affaires. La législation civile n'est donc pas visée, pas plus que le droit du travail, malgré les velléités d'une partie de la doctrine.

1. Les Actes Uniformes originels

A ce jour, les Actes Uniformes portent sur : le droit commercial général, le droit des sociétés commerciales et des GIE, le droit des Sûretés, les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution, les procédures collectives d'apurement du passif, le droit de l'arbitrage, l'organisation et l'harmonisation de la comptabilité des entreprises, les contrats de transport de marchandises par route.

Le droit uniforme a donc souhaité encadrer, pour une grande partie, les activités commerciales et le droit des affaires.

S'il nous est impossible, dans le cadre du présent, de décliner le contenu de chacun des AU, il nous semble plus indiqué de marquer le pas sur les actes révisés et le nouvel acte uniforme relatif aux sociétés coopératives.

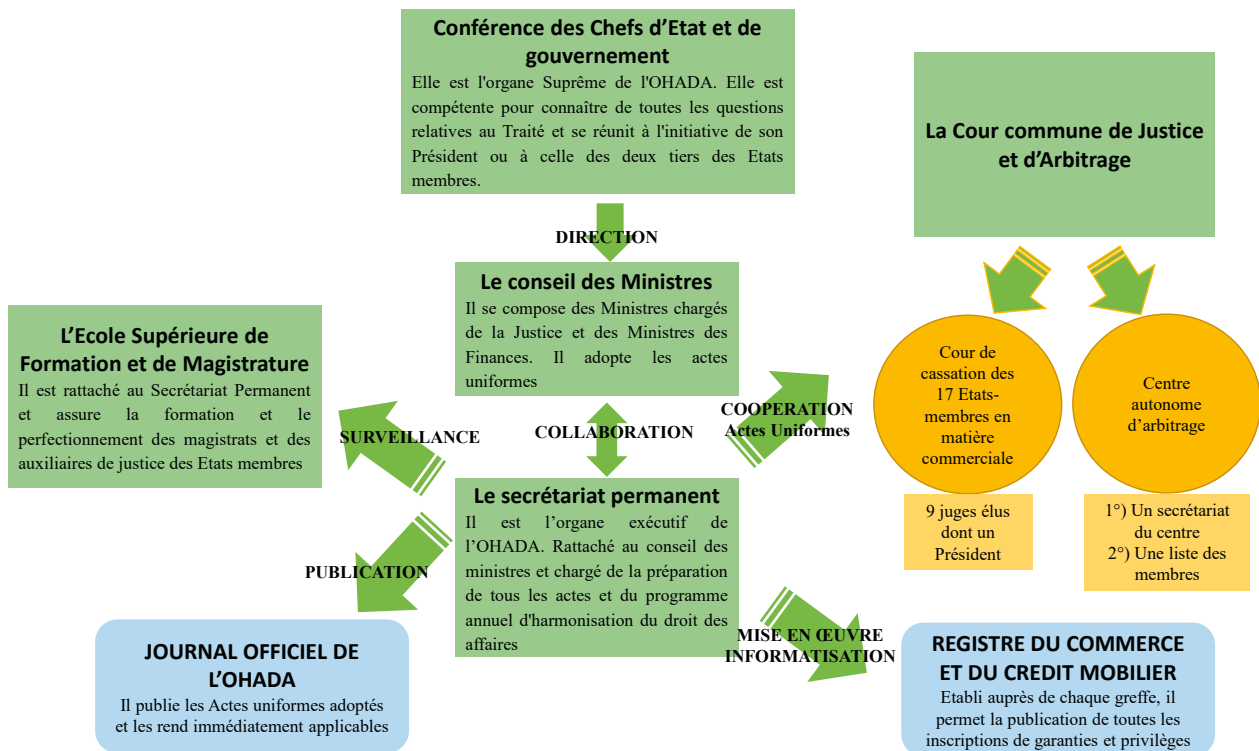
2. Les Actes Uniformes révisés et le nouvel Acte Uniforme sur les sociétés coopératives

a) Les AU révisés

1- L'AU révisé portant sur les sûretés a été profondément remanié : création d'un agent de sûretés (sorte de fiducie pouvant être constituée uniquement par les établissements de crédits), distinction des sûretés personnelles des sûretés mobilières, consécration du droit de rétention, création du transfert fiduciaire de sommes d'argent, révision de l'hypothèque etc.

2- L'AU révisé portant sur le droit commercial général a créé le statut de l'entrepreneur (*entrepreneur individuel*,

L'espace OHADA repose sur la création d'institutions nécessaires au fonctionnement uniforme des États parties [...].



personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent Acte uniforme, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole.), légiféré sur l'informatisation du RCCM, intégré le bail à " usage professionnel ", concept beaucoup plus large que le bail commercial...

3- L'AU portant sur les sociétés commerciales et le GIE a institué la réalisation des apports en industrie et surtout la création du bureau de représentation ou de liaison qui est " un établissement appartenant à une société et chargé de faire le lien entre cette dernière et le marché de l'Etat partie dans lequel il se situe. Il n'est pas doté d'une autonomie de gestion et n'exerce qu'une activité préparatoire ou auxiliaire par rapport à celle de la société qui l'a créé. " (Art. 120-1) ;

4- L'AU révisé portant sur l'arbitrage (l'" AUA ") et le règlement révisé de la CCJA prévoient désormais l'arbitrage des investissements. Ainsi l'article 3 de l'AUA prévoit que : " L'arbitrage peut être fondé sur une convention d'arbitrage ou sur un instrument relatif aux investissements, notamment un code des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements. "

En outre, l'article 2 du règlement de procédure de la CCJA dispose que :

" Mission de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage

2.1 La mission de la Cour est d'administrer, conformément au présent Règlement, une procédure arbitrale lorsqu'un différend d'ordre contractuel, en application

d'une convention d'arbitrage, lui est soumis par toute partie à un contrat, soit que l'une des parties a son domicile ou sa résidence habituelle dans un des Etats Parties, soit que le contrat est exécuté ou à exécuter, en tout ou partie, sur le territoire d'un ou de plusieurs Etats Parties. La Cour peut également administrer des procédures arbitrales fondées sur un instrument relatif aux investissements, notamment un code des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements.

2.2 La Cour ne tranche pas elle-même les différends. Elle nomme ou confirme les arbitres. Elle est informée du déroulement de l'instance et examine les projets de sentence.

2.3 Le fonctionnement de la Cour en matière d'arbitrage est régi par son Règlement intérieur adopté en assemblée générale. Ce Règlement est exécutoire après son approbation par le Conseil des Ministres statuant dans les conditions prévues à l'article 4 du Traité. "

b) Le nouvel AU sur le droit des sociétés coopératives

Adopté le 15 décembre 2010 à Lomé (Togo) et publié dans le Journal Officiel n° 23 du 15 février 2011, il est entré en vigueur le 16 mai 2011. Il répond au vœu de sensibilisation du droit OHADA aux problématiques africaines.

Aux termes de l'art. 4 de cet AU : " La société coopérative est un groupement autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs, au moyen

d'une entreprise dont la propriété et la gestion sont collectives et où le pouvoir est exercé démocratiquement et selon les principes coopératifs.

La société coopérative peut, en plus de ses coopérateurs qui en sont les principaux usagers, traiter avec des usagers non coopérateurs dans les limites que fixent les statuts. "

Plus largement, le législateur OHADA a prévu que les sociétés coopératives exercent leur activité " dans toutes les branches de l'activité humaine " (Art. 5). Mais où s'arrêtent les branches de l'activité humaine ? Il aurait peut-être fallu y ajouter " sous réserve de l'Ordre public ", même s'il s'agit également d'une notion bien poreuse aux contours incertains.

En sus des règles classiques relatifs aux sociétés, il doit tenir un registre pour chaque membre coopérateur de la société (Art. 9) comprenant le numéro d'adhésion; les noms, prénom et référence de sa pièce d'identité; l'adresse; la profession; le nombre de parts sociales souscrites; le nombre de parts sociales libérées.

Enfin, il est également possible de fédérer les coopératives (Titre 4)

c) L'AU sur la médiation commerciale

Selon l'article 1^{er} de cet AU :

" a) le terme " médiation " désigne tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord (ci-après le " différend ") découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre ou lié à un tel rapport, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des États ;

b) le terme " médiateur " désigne tout tiers sollicité pour mener une médiation quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État Partie concerné.

La médiation peut être mise en œuvre par les parties (médiation conventionnelle), sur demande ou invitation d'une juridiction étatique (médiation judiciaire), d'un tribunal arbitral ou d'une entité publique compétente.

La médiation peut être ad hoc ou institutionnelle. "

B) Processus institutionnel d'adoption des actes uniformes

Selon l'article 5 du Traité : " Les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article premier du présent Traité sont qualifiés " actes uniformes ". Les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les États Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues. "

Le processus d'adoption des AU est long et religieusement institutionnel :

1 - Tout d'abord, le projet d'AU est préparé par le Secrétariat permanent en concertation avec les gouvernements des États Parties. (Art. 6). À ce niveau interviennent également les professionnels du droit et les universitaires

même si leur indication de leur participation n'apparaît pas formellement.

2 - Ensuite, le projet d'AU est communiqué par le Secrétariat Permanent aux Gouvernements des États parties, qui disposent d'un délai de 90 jours à compter de la date de la réception de cette communication pour faire parvenir au Secrétariat permanent leurs observations écrites.

3 - À l'expiration de ce délai, le projet d'AU, accompagné des observations des États parties et d'un rapport du Secrétariat permanent, est immédiatement transmis pour avis par ce dernier à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

4 - La Cour donne son avis dans un délai de 60 jours à compter de la date de la réception de la demande de consultation. À l'expiration de ce nouveau délai, le Secrétariat permanent met au point le texte définitif du projet d'AU, dont il propose l'inscription à l'ordre du jour du prochain Conseil des Ministres. (Art. 7)

5 - L'adoption d'un AU par le Conseil des ministres requiert l'unanimité des représentants des États Parties présents et votants. En revanche, L'adoption d'un AU n'est valable que si les deux tiers au moins des États Parties sont représentés (Art. 8)

6 - L'AU est publié au Journal officiel de l'OHADA par le Secrétariat permanent dans les soixante jours suivant leur adoption. Il devient applicable 90 jours après cette publication, " sauf modalités particulières d'entrée en vigueur prévues par les Actes uniformes ". Il est également publié dans les États parties, au Journal officiel ou par tout autre moyen approprié. Cette formalité n'a aucune incidence sur l'entrée en vigueur de l'AU concerné. (Article 9)

L'on notera ici que les AU sont d'applicabilité immédiate 90 jours (seulement) après la publication au Journal officiel de l'OHADA. Ainsi, dans chacune des matières visées, les professionnels du droit et les entreprises ont 90 jours pour se mettre à jour.

Cette brièveté suscite de grosses difficultés pratiques et a entraîné la mise en place d'appels d'offres aux fins de formation accélérées, comme cela a été récemment le cas pour la RDC. ■

Le droit uniforme a donc souhaité encadrer, pour une grande partie, les activités commerciales et le droit des affaires.

Jacques-Brice MOMNOUGUI

Avocat à la Cour, SELARL Juris Time
Fondateur du Club OHADA
de Bordeaux, France
jbmavocat@juristime.com



África y América: una mirada desde Chile

Juan Pablo GLASINOVIC

↘ This article presents the trend of the population of African descent in the Americas, which, in recent years, has led Chile to undertake a historical review of the heritage of this group of its population. The contribution also brings together a reflection on how the process of recognition of this identity component of African descent sheds new light on the relationship with Africa. In fact, a non-well-known region with which the level of relation has been historically low, is becoming more familiar thanks to a common inheritance. This can be the starting point for a new stage.

↘ Cet article aborde l'empreinte de la population afro-descendante en Amérique qui, ces dernières années, a conduit le Chili à se lancer dans une analyse historique de l'héritage de ce groupe de sa population. Il mène également une réflexion sur la façon dont le processus de reconnaissance de cette composante identitaire d'origine africaine jette un nouvel éclairage sur la relation avec l'Afrique. De fait, une région très peu connue et avec laquelle le niveau de relation a été historiquement bas, devient plus familière parce qu'un héritage commun est partagé. Cela peut être le point de départ d'une nouvelle étape.

¿Qué tienen de común ambos continentes y qué podemos hacer en conjunto?

Desde el lejano rincón de América que es Chile, quisiera compartir algunas reflexiones personales, así como los vínculos que nos unen con África.

En primer lugar, como temprano amante de la geografía, recuerdo cuando como niño miraba los mapas y me llamaba la atención la forma de ambos continentes, y cómo parecían dos piezas separadas de un mismo rompecabezas. Después supe que estuvimos unidos en la Pangea, cuales mellizos, prosiguiendo cada cual su derivación hasta la actual conformación terrestre.

Como apasionado de la Historia, también supe tempranamente del inmenso flujo de población que tuvo lugar

desde África a todo el continente americano, de la mano del vergonzoso tráfico de esclavos. Durante más de tres siglos, millones de mujeres y hombres (entre 15 y 60 millones según estimaciones, imposibles de corroborar) fueron capturados y embarcados para trabajar en los más diversos menesteres en América. Esto constituye uno de los movimientos de personas más masivo y duradero que se registre, con amplias y profundas consecuencias.

En una cruel vuelta del destino, el origen de este flujo estuvo en los tempranos esfuerzos de algunos clérigos para proteger a los indígenas americanos de los abusos de los españoles - destacando fray Bartolomé de las Casas - lo que derivó en la decisión de traer esclavos africanos como mano de obra para los nuevos dominios.

Nuestra región se convirtió entonces involuntariamente, en un crisol de razas y culturas durante el período colonial. La sociedad hispanoamericana (algo similar ocurrió en los dominios británicos y franceses) se estructuró según el origen racial de las personas; los españoles peninsulares y los nacidos en América (llamados después criollos) ocupaban la cúspide de la pirámide social; luego seguían los caciques indígenas (que gozaban de los privilegios de los hidalgos); después los mestizos; los indios; los mulatos, pardos y negros libres; los zambos (vástagos de negros e indígenas), y, finalmente, los esclavos (fueran estos negros o mulatos), quienes ocupaban la base piramidal.

En Chile, a poco andar de nuestra independencia, la esclavitud se abolió definitivamente en 1823 (en 1811 se había decretado la libertad de vientre, es decir que los que nacieran serían libres). El último país en hacerlo fue Brasil, donde se abolió en 1888.

Aunque es evidente, en la casi totalidad de los países que accedieron a la independencia en nuestro continente, la impronta y presencia de los afrodescendientes, todavía no se reconoce en plenitud su aporte a nuestras sociedades. Subsisten también muchas barreras para su plena representación y expresión, como lo reflejan distintos indicadores económicos y sociales (menores tasas de escolaridad que otros grupos, mayor cantidad de víctimas de la violencia policial, cesantía más alta, etc.).

Según los últimos censos en los países latinoamericanos, los que han ido incorporando la dimensión racial, alrededor de un 25% de la población se reconoce como afrodescendiente, siendo el porcentaje mayor en Brasil, donde la mitad de los habitantes declara serlo. Lo interesante es que en todos los países ha ido aumentando el número de personas que se reconocen como tales.

Cuando se produjo el asesinato de George Floyd en Estados Unidos y millones de personas salieron a protestar bajo la bandera del "Black lives matter", en América Latina el movimiento también tuvo eco, especialmente en Brasil. Este lamentable hecho ha vuelto a poner en el tapete la discriminación e injusticia que sigue cargando buena parte de la población afrodescendiente y la persistencia de la herencia de la pirámide de castas originada en el período colonial.

En Chile en los últimos años hemos estado embarcados en una revisión histórica del legado afrodescendiente, lo que ha cobrado mayor relevancia con motivo de la coyuntura política del país, y el proceso en curso para redactar una nueva constitución. A través de la Ley 21.151 de abril del año 2019, el Estado reconoció como pueblo tribal chileno a los afrodescendientes "de la trata trasatlántica de esclavos africanos traídos al actual territorio nacional entre los siglos XVI y XIX y que se autoidentifique como tal".

En concreto, el cuerpo legal otorgó el reconocimiento legal "a su identidad cultural, idioma, tradición histórica, cultura, instituciones y cosmovisión". Producto de lo anterior serán incluidos en los futuros censos y su historia deberá ser impartida en la enseñanza básica, media y universitaria local.

También tendrán "el derecho a ser consultados mediante el Convenio n° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, cada vez que se prevea dictar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente". Es decir, a la hora de legislar, su opinión será considerada junto con la de otros pueblos originarios locales.

A la población afrodescendiente local, invisibilizada durante mucho tiempo, se ha sumado en los últimos años una migración afroamericana, particularmente desde Haití y Colombia. Hoy nuestra sociedad es mucho más diversa y se asimila a la mayoría de los países de la región en cuanto a su composición y continuo mestizaje.

¿Y nuestra relación con África? Lo descrito anteriormente y el proceso de reconocer nuestro componente identitario afrodescendiente, sin duda que arrojan una nueva luz a la relación con ese continente. De pronto, una región de la cual sabemos muy poco y con la cual el nivel de relacionamiento ha sido históricamente bajo, se vuelve más familiar porque compartimos una herencia común. Eso puede ser un punto de partida para una nueva etapa.

Chile tiene actualmente 7 embajadas en ese continente (Argelia, Egipto, Etiopía, Ghana, Kenia, Marruecos y Sudáfrica) y desde 2007 es observador de la Unión Africana.

Hoy nuestra sociedad es mucho más diversa y se asimila a la mayoría de los países de la región en cuanto a su composición y continuo mestizaje.





En el 2015 nuestra agencia de cooperación, AGCID, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, estableció un fondo de becas “República de Chile - Nelson Mandela”, para estudiantes universitarios y jóvenes profesionales de Sudáfrica, Angola y Mozambique (estos últimos dos países de habla portuguesa, otro punto de acercamiento).

Como profesor de una de las universidades a las cuales han asistido estos jóvenes, me ha tocado conocer personalmente a varias generaciones de becados. La misma universidad inició posteriormente un programa conjunto con un centro de estudios en Mozambique, lo que demuestra la virtuosidad de estos mecanismos que promueven el conocimiento de las personas.

Nuestro actual intercambio comercial con África es mínimo, menos del 1% del total con el mundo, pero se abren sin duda interesantes oportunidades, dado el crecimiento de sus economías en los últimos años, el aumento acelerado de su población y la expansión de la clase media.

Junto con la perspectiva de un intercambio mayor, especialmente por intermedio de nuestros bloques regionales (CELAC, Alianza del Pacífico, MERCOSUR y otros) se abre la posibilidad de generar diálogos urgentes sobre una serie de materias como la seguridad alimentaria y la transición a una economía más sustentable en un mundo en emergencia climática. En esa dinámica y dado la menor asimetría de nuestros países con los estados africanos, el propio componente afrodescendiente de nuestras poblaciones y que el portugués tiene amplia cobertura en

ciertas regiones africanas, podríamos fungir de intermediarios activos en esquemas de cooperación triangular, financiados por países desarrollados.

El vertiginoso avance en Chile de las energías renovables, especialmente la solar, abre también las puertas para la cooperación con los países africanos desde una dimensión más bilateral.

Desde la sociedad civil chilena, destaca la labor de diversas ONGs como *Africa Dream* y la Fundación Maisha, que llevan años apoyando a distintos segmentos en países africanos, con voluntarios de nuestro país y generando más vínculos y redes.

Finalmente hace unas semanas, nuestra Corte Suprema dictó un fallo que creo refleja el cambio de percepción en curso en nuestra sociedad respecto de África, en el sentido de ser sensible a sus particularidades. Nuestro máximo tribunal resolvió favorablemente la solicitud de asilo de una familia de Ghana que iba a ser expulsada por vulnerar las normas migratorias, sobre la base de que las hijas del matrimonio podían ser objeto de mutilación genital en ese país, no obstante ser ilegal su práctica en esa nación. El tribunal consideró que el solo riesgo eventual de la mutilación por entidades sin relación con el Estado de Ghana era razón suficiente para rechazar su expulsión y permitir su radicación en Chile.

Esta familia engrosa ahora la reducida comunidad de ciudadanos africanos en Chile y sin duda que incidirá en un mayor conocimiento recíproco.

Hoy Chile y África estamos menos lejos, pero hay tanto por hacer. ■

Juan Pablo GLASINOVIC
Abogado
Santiago de Chile, Chile
jpglasinovic@gmail.com

Subsisten también muchas barreras para su plena representación y expresión, como lo reflejan distintos indicadores económicos y sociales.

CSR in India: A Paradigm Shift from Benevolence to Obligation



ASHU THAKUR

➤ La responsabilité sociale des entreprises (RSE) est un effort continu des entreprises pour rationaliser et intégrer des objectifs sociaux et environnementaux plus larges dans les perspectives commerciales de leur entreprise et regarder au-delà des performances financières. Si les entreprises responsables ont toujours existé en Inde, la philanthropie d'entreprise, elle, a toujours été volontaire et influencée par les préférences individuelles des magnats des affaires, les valeurs familiales, les traditions, la culture et la religion.

➤ La responsabilidad social empresarial (RSE) es un esfuerzo continuo de las empresas para racionalizar e integrar objetivos sociales y ambientales más amplios en su perspectiva comercial y mirar más allá de los resultados financieros obtenidos. Si bien las empresas responsables siempre han existido en la India, la filantropía empresarial o corporativa siempre ha sido voluntaria y ha estado influenciada por las preferencias individuales de los magnates empresariales, los valores familiares, las tradiciones, la cultura y la religión.

A brief background

After Indian independence in 1947, the renowned Mahatma K. Gandhi (respectably referred to as the father of the Nation) regarded the Indian companies and industries as “Temples of Modern India” and urged powerful industrialists to come forward and share their wealth for the benefit of the underprivileged section of the society. Mahatma Gandhi advocated the concept of trusteeship helping socio-economic growth of India, whereby all people having money or property hold it in trust for the society. In this conception, organizations and individuals possessing surplus wealth over and above their legitimate and genuine needs should spend it on community welfare programmes as an aspect of their social responsibilities. This ideology of Mahatma Gandhi sowed the seeds of CSR¹ in India.

1. It has become common to speak more of business and human rights, or use the more global term Environmental, Social and Corporate Governance (ESG) but in India, CSR is generally understood to accommodate corporate governance concepts that address human rights, environmental and societal concerns. Recently, on 10 May 2021, the securities regulator, the Securities and Exchange Board of India (SEBI), issued a circular implementing new sustainability-related reporting requirements for the top 1,000 listed companies by market capitalization. This is yet another bold step bringing sustainability reporting up to existing financial reporting standards in India.

Dawn of the Indian CSR Era

It was only in 2014 that India identified, acknowledged and integrated CSR into its corporate legislations with a view to regulate and enhance the far-reaching impact of CSR in a structured and systematic manner. India, for the first time in its history, while replacing its age-old Companies Act 1956 by the Companies Act 2013, introduced the concept of mandatory CSR² for corporations with 1) a net worth of INR 5 billion (\$70 million USD) or more, 2) with an annual turnover of INR 10 billion (\$140 million USD) or more, or 3) a net profit of INR 50 million (\$700,000 USD) or more (“Companies”). This meant the applicable companies must spend 2 percent of their average net profits of three years on CSR. Prior to 2014, CSR was voluntary and merely an act of benevolence for companies and the only obligation being of disclosure of CSR spending to their shareholders. The

The CSR projects or programs or activities that benefit only the employees of the company and their families are not to be considered as permissible CSR activities.

2. Section 135 of the Companies Act 2013.

legislation for CSR in the Companies Act 2013 not only provides a specific framework for India's approach to CSR but also creates an enabling ecosystem for Companies to innovate & integrate CSR strategies within their boardroom agendas and business strategies.

CSR identification, implementation and invigoration

Companies covered by the law are mandated to constitute a CSR Committee of the Board ("CSR Committee") consisting of 3 or more directors of which at least one director is required to be an independent director. The primary responsibility of the CSR Committee is to formulate and recommend to the Board a CSR Policy³ indicating the activities to be undertaken, the amount of expenditure to be incurred on the activities and also monitor the company from time to time. In the event the CSR amount to be spent by a company does not exceed \$67,150 USD no CSR Committee is required to

be constituted and the functions of the committee can be discharged by the Board of Directors⁴.

CSR permissible activities

The Companies Act⁵ lists various permissible activities which can be undertaken by Companies which include amongst others eradicating hunger, promoting education, promoting gender equality, supporting women empowerment, ensuring environmental sustainability, protecting national heritage, establishing measures to benefit armed forces veterans, training to promote rural sports, contributing to national relief funds, or to incubators in the field of science, technology, engineering and medicine, contributing to public funded universities, rural development projects, slum development projects, and disaster management. Additionally, companies are required to give preference to the local area and areas around where it operates for spending the amount earmarked for CSR activities.

A pre-Covid survey⁶ undertaken by an international accounting firm highlights the CSR expenditures as follows:

Sr No	Activity	Total Expenditure 2017-18 (USD in million)	Total Expenditure 2018-19 (USD in million)
1	Health & sanitation	227	288
2	Education	296	373
3	Reducing inequality	71	26
4	Environment	65	94
5	Arts & culture	38	11
6	War veterans	0.93	3
7	Sports	17	17
8	Welfare funds	10	6
9	Technology incubators	0.13	0.53
10	Rural development	139	154
11	Slum area development	0.13	0.13
12	Disaster management	-	9.39
13	Multiple areas	68	115
14	Other areas	84	75
TOTAL		1,012 mm	1,167 mm

* 1 USD = INR 74.5

**1 million USD = INR 7.45 crore

*** Amounts have been rounded to the next USD

3. In accordance with the Rule 2 (f) of the Companies (Corporate Social Responsibility Policy) Rules 2014 as amended as on 23 January 2021 CSR Policy means a statement containing the approach and direction given by the board of a company, taking into account the recommendations of its CSR Committee, and includes guiding principles for selection, implementation and monitoring of activities as well as formulation of the annual action plan.

4. The Companies (Amendment) Act, 2020. Notification dated 28th September 2020 amendment effective from 22nd January 2021.

5. Schedule VII of the Companies Act 2013.

6. India's CSR Reporting Survey 2019 dated February 2020 undertaken by KPMG India.



The education sector received the maximum funding (38% of the total) followed by hunger, poverty, and healthcare (25%), environmental sustainability (12%) and rural development (11%). Programs such as technology incubators, sports, the armed forces, that were designed to reduce inequalities, saw negligible spends. Subsequently, in 2019-20 an amount of USD 2849.81 million was spent by companies towards CSR activities.

CSR-prohibited expenditure

The CSR projects, programs or activities that benefit only the employees of the company and their families are not to be considered as permissible CSR activities. Additionally one-off events, such as marathons / awards / charitable contribution/ advertisement / sponsorships of TV programmes, expenses incurred by companies for the fulfilment of any Act/ Statute of regulations, contribution of any amount directly or indirectly to any political party and activities undertaken by the Companies in pursuance of its normal course of business, do not qualify as part of the CSR expenditure requirements. Amid the Covid-19 outbreak, the Ministry of Corporate Affairs has notified that Companies expenditure to fight the pandemic will be considered valid under CSR activities and that funds may be spent on various activities related to Covid-19 such as for the promotion of healthcare, including preventive healthcare, as well as sanitation, and disaster management.

Unused amounts

Until recently, if a company was unable to fully spend its CSR funds in a given year, it could carry the amount forward and spend it in the next fiscal, in addition to the money allotted for that year. The CSR amendments in-

troduced under the Act now require companies to deposit the unspent CSR funds into a fund prescribed under Schedule VII of the Act within the end of the fiscal year. This amount must be utilized within three years from the date of transfer, failing which the fund must be deposited in to one of the specified funds. The new law prescribes for a monetary penalty as well as imprisonment in case of non-compliance. The penalty ranges from \$700.00 to \$35,000.00 USD whereas the defaulting officer of the company may be liable to imprisonment for up to three years, or a fine up to \$7,023.00 USD or both. The government has subsequently made a recent amendment regarding non-compliance with CSR provisions and determined it is a "civil wrong" with effect from 22 January 2021. All CSR related defaults are compoundable i.e., those which can be settled by paying a certain amount of money.

In conclusion

The CSR landscape in India has dramatically changed from being voluntary to mandatory. Additionally, organizations in India are now taking up CSR initiatives and integrating them in their business processes thereby shaping responsible and supportable relationships with the community at large. Globally, whilst corporate philanthropy is a worthy activity in order to make CSR more beneficial to the needs of each society, with focus on eradication of any particular issue in a time bound manner having a mandatory provision for CSR will both help streamline the CSR expenditures but also boost the economy in the long run. ■

Ashu THAKUR

Advocate & Solicitor

Founder & CEO, Ashu Thakur & Associates

New Delhi, India

ashu@ataindia.co.in



Un mecanismo poco utilizado: el reenvío del laudo al tribunal arbitral

Dra. Jenifer ALFARO BORGES

➤ The rule is that the mandate of the arbitral tribunal ends with the termination of the arbitral proceedings. One exception emerges from UNCITRAL Model Law which allows the court that is considering the challenge of an arbitral award, to return the arbitration's file to arbitral tribunal to correct it. It could be an opportunity for the arbitral tribunal to adopt measures to protect the award, allowing the arbitrators to achieve one of the most important goal of their mission: issue a valid and enforceable award. The mentioned mechanism is the subject of this article.

➤ La règle est que les fonctions du tribunal arbitral cessent à l'issue de la procédure d'arbitrage. Une exception découle de la Loi type de la CNUDCI dans la mesure où elle permet au tribunal judiciaire qui envisage l'annulation de la sentence arbitrale, de renvoyer le dossier au tribunal arbitral pour corriger les erreurs. Cela pourrait être l'occasion pour le tribunal arbitral d'adopter des mesures de protection de la sentence, permettant aux arbitres d'atteindre l'un des objectifs les plus importants de leur mission : rendre une sentence valide et exécutoire. Le mécanisme susmentionné est le sujet central de cet article.

Introducción

Si bien la regla es que el Tribunal arbitral cesa funciones al terminar las actuaciones arbitrales, entre las excepciones que marca la Ley Modelo UNCITRAL encontramos sus actuaciones en respuesta a la remisión del expediente por parte del Tribunal judicial en sede de anulación. Otra interpretación es que en realidad los árbitros mantienen competencia, pero acotada: no para modificar lo medular de su pronunciamiento.

Las causales de anulación de un laudo arbitral refieren a hipótesis de diferente naturaleza, algunas de las cuales pueden referir a defectos subsanables. El referido mecanismo permite un retorno del caso a los árbitros para darles una oportunidad a corregir el defecto que fuera denunciado por quien promueve la acción de anulación.

En el Derecho comparado han surgido diferentes modalidades de "reenvío", incluyendo tanto el que puede darse como paso previo al dictado de la resolución judicial en un proceso de anulación como aquel que opera luego de la anulación del laudo.

1. El reenvío en la Ley Modelo UNCITRAL

Cuando me refiero al reenvío, pongo a consideración el mecanismo por el cual el Tribunal judicial queda habilitado a devolver el laudo al Tribunal arbitral emisor para que este subsane defectos que podrían dar lugar a la anulación. Se trata de una herramienta que está prevista exclusivamente durante el trámite de anulación y no para el proceso de reconocimiento y ejecución, y opera antes del dictado de la sentencia de anulación.

En este trabajo se emplea los términos "reenvío" y "remisión" como equivalentes, sin desconocer que el primero puede ser confundido con la figura costarricense utilizada *a posteriori* de la anulación del laudo. En igual sentido, como se comenta más adelante, corresponde diferenciarlo del reenvío que fuera analizado por la Doctrina española como mecanismo a accionar con posterioridad a que el laudo se anule por el juez de control.

Es así que la remisión está regulada por el artículo 34 numeral 4 de la Ley modelo UNCITRAL, recepcionado por la Ley uruguaya de arbitraje comercial internacional (Ley 19.636) en el artículo 39 numeral 4. De igual forma la encontramos en otras legislaciones que han adoptado la Ley Modelo como ser la Ley argentina y la Ley chilena (todas de arbitraje comercial internacional), las cuales lo establecen en los artículos 101 y 34 respectivamente, pero también está previsto en el Reino Unido en el *Arbitration Act* de 1996, artículo 68 numeral 3.

En tal sentido la Ley Modelo UNCITRAL en su artículo 34 numeral cuarto dispone:

"El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que

a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.

Como veremos, el reenvío que prevé la Ley Modelo UNCITRAL presenta una serie de dudas en cuanto a su funcionamiento. Ello ha llegado ser identificado como la causa misma de su escasa utilización en los Estados de tradición Civil Law.”

2. Descripción del mecanismo: ¿Deber o facultad?

De acuerdo con la normativa referida, se habilita al Tribunal judicial que ha recibido una solicitud de anulación, a “devolver” el laudo al Tribunal arbitral para que subsane el defecto, suspendiendo el proceso judicial de anulación.

Como decíamos *ut supra*, corresponde diferenciar el mecanismo que es objeto de este trabajo del reenvío costarricense¹² y del analizado por la Doctrina española³. El reenvío en Costa Rica está previsto ante el recurso de revisión de sentencia judiciales, y es llevado al proceso de anulación de laudos arbitrales como creación praetoriana. Por lo tanto, no se trata de un mecanismo equiparable al previsto en la Ley Modelo UNCITRAL, en tanto el Tribunal judicial dicta la sentencia anulando el laudo y luego lo remite al Tribunal arbitral para que adopte las medidas correctivas. Habiendo sido objeto de análisis en la etapa de su redacción, como veremos, la opción elegida por la Ley Modelo es diferente.

Si analizamos el reenvío en profundidad, debemos llegar a dos conclusiones: por un lado, que se trata de una facultad y no de un deber, y, por otro, que articula dos facultades: por un lado, la facultad de la Corte, es decir del Tribunal judicial, y por el otro, la facultad del Tribunal arbitral. Es así que, para empezar, prevé la facultad atribuida al Tribunal judicial (la norma emplea el término “podrá”) de remitirlo, y luego, la facultad del Tribunal arbitral de adoptar las medidas para solucionar el defecto. Véase que al referir a la actitud del Tribunal arbitral lo califica de una “oportunidad” de eliminar los defectos. Sin embargo, debo realizar algunas precisiones: si bien de la disposición en análisis no emerge una obligación del tribunal arbitral de adoptar medidas, si consideramos que uno de los deberes de los

árbitros es emitir laudos ejecutables y la remisión implica que se le han señalado posibles errores en la tarea desarrollada, puede sostenerse que no puede simplemente desatender el mensaje siendo exigible que haga su mejor esfuerzo por blindar al laudo. Por otra parte, tengamos presente que no es requisito del reenvío un análisis preliminar de la procedencia de la acción de anulación y por ello no puede considerarse que disponiéndolo el Tribunal judicial esté adelantando su parecer. En tal sentido podemos encontrar margen para que el Tribunal Arbitral mantenga su accionar previo y no adopte medida alguna (es decir que simplemente nada cambie porque considere que no hay defecto a reparar). Lo que no debería ocurrir, en aras del buen cumplimiento de los deberes de los árbitros, que estos siquiera atiendan el llamado a considerar las causales de anulación invocadas.

En definitiva, entiendo que el deber del Tribunal arbitral es (deber 1) analizar las causales de anulación que fueron invocadas frente el Tribunal judicial que le está brindando una oportunidad, para luego, de entenderlas procedentes, (deber 2) adoptar medidas de subsanación o, en caso contrario, devolverlo sin ninguna medida tomar (no es su deber adoptar medidas). Ninguno de esos deberes emerge de la disposición en análisis y por tanto no generan consecuencias en el marco de la misma, sino que, como antes se dijo, los considero comprendidos en los deberes genéricos de los árbitros.

Así como el Tribunal Arbitral puede negarse a adoptar cualquier tipo de medidas por considerar que no se verifica una hipótesis que da lugar a anulación, entiendo que debe descartarse considerar que si las adopta equivale a aceptar que los defectos existían y/o daban mérito a una anulación. No se trataría de señales inequívocas en tal sentido ya que árbitros convencidos de la ausencia de mérito a la remisión, puede igualmente priorizar la protección del laudo.

Por otra parte, la norma no restringe expresamente los defectos que pueden ser objeto de subsanación por este mecanismo, vale decir, que no limita la entidad o clase de anomalía por la cual el Tribunal judicial puede abrir la oportunidad de corrección. Sin embargo, entiendo que, sin mayor esfuerzo interpretativo, la limitación puede ingresar con la expresión “cuando corresponda”, circunscribiéndolo a hipótesis de incumplimientos formales y de menor entidad. Al respecto Sofía Vaz Sampaio⁴ menciona que el mecanismo fue defendido como la vía para subsanación de aquellos defectos que podía resolverse sin necesidad de reabrir el procedimiento.

Considerando que la pretensión anulatoria puede tener una motivación meramente dilatoria, en realidad lo que debe subsanarse son los defectos que fundamentan causales de anulación.

1. En Costa Rica se trata de una creación praetoriana, por la cual la Suprema Corte de Justicia traslada al proceso de anulación de laudos una disposición procesal que admite el reenvío para sentencias judiciales con defectos formales. (Mauricio París Cruz, “La deseable transición del “reenvío” a la “remisión” en el arbitraje costarricense”, Revista Judicial, Costa Rica, n° 117, setiembre, 2015.).

2. Es incluso del previsto en la Ley alemana, según lo comenta Sofía Vaz Sampaio, “O poder jurisdiccional dos árbitros depois da sentença arbitral”, Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL, Año XV, 28-29, Almedina, 2015, p. 158. También en Fernández López, Alberto. “El reenvío de laudos arbitrales anulados a propósito de una mala práctica judicial”, Revista Judicial, Costa Rica, n° 114, diciembre 2014, p. 141 y sigs.

3. Rafael Hinojosa Segovia, “El reenvío del laudo al tribunal arbitral por el juez de control para su revisión”, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. XII, n° 1, 2019.

4. Sofía Vaz Sampaio, “O poder jurisdiccional ...”, p. 157.

Cabe mencionar que, a diferencia del *Arbitration Act* de 1996 (Reino Unido) artículo 68 numeral 3 literal a, la Ley Modelo no especifica si admite el reenvío parcial o total (de todo o parte del laudo). Al respecto existen en doctrina posiciones contrapuestas que la brevedad de este trabajo impide comentar.

Corresponde destacar que no se prevé ninguna interfaz entre este mecanismo en sede de anulación y la ejecución del laudo. Si ya se han presentado hipótesis en las cuales Tribunales judiciales han entendido ejecutables laudos anulados, nos debemos preguntar cómo impacta en el proceso de reconocimiento y ejecución si el laudo es corregido por el Tribunal arbitral en virtud del reenvío.

3. Finalidad de la remisión

Cabe hacer notar que el texto de la norma objeto de comentario es poco feliz al indicar la finalidad que persiguen las medidas de corrección para las cuales se devuelve el laudo a sus emisores, refiriéndose a la eliminación de los motivos que dieron lugar a la solicitud de anulación.

Considerando que la pretensión anulatoria puede tener una motivación meramente dilatoria, en realidad lo que debe subsanarse son los defectos que fundamentan causales de anulación. Véase que la Ley portuguesa optó por referir a “los fundamentos de la anulación”.

Se trata de una crítica que merece en su versión en español pero no en inglés (que emplea el término *grounds*) y que en realidad se acota si le damos un verdadero alcance:

la Ley Modelo UNCITRAL emplea el término “motivos” tanto al referir a las causales de recusación (artículo 12) como a la de rechazo al reconocimiento y ejecución (artículo 17). Por lo tanto, al hacer referencia a los “motivos”, la Ley Modelo no alude a la motivación, que incluso puede permanecer

en lo interno al individuo, sino a las bases o causales (en este caso, para la anulación)

Por supuesto que, del elenco de causales de anulación previstas por la Ley Modelo, solamente unas pocas pueden ser subsanadas mediante reenvío (en doctrina el debate ha llegado a la admisibilidad de la subsanación en casos de violación de orden público internacional).

En mi opinión, el mecanismo no habilita a que el Tribunal arbitral subsane defectos (vinculados a otras causales incluso) no alegados por el promotor de la acción de anulación y, por lo tanto, no le habilita a adoptar medidas por cualquier causal (que, por ejemplo, advierta el Tribunal arbitral de oficio). El fundamento de esta posición está dado porque no se trata de una herramienta general de defensa del laudo arbitral, sino que se da en el marco en concreto de esa acción de anulación y ese marco limita la facultad del



Tribunal judicial (con los matices antes indicados – a solicitud o de oficio –) y el alcance mismo del reenvío.

Es importante al menos considerar este aspecto atento a que puede estarse perdiendo una vía para evitar que luego el reconocimiento y ejecución de ese laudo sea negado por no haberse habilitado al Tribunal arbitral a corregir un defecto advertido por el Tribunal judicial pero no por la parte que promovió la acción. En tal sentido lo regula la Ley peruana (Decreto Ley 1.071) en su artículo 64. Cabe preguntarse si dentro de las casuales invocadas, en caso de ser múltiples, si puede el Tribunal judicial limitar en la remisión a dar oportunidad de subsanación sólo de algunas y si, en caso afirmativo, puede el Tribunal arbitral igualmente adoptar medidas sobre las no incluidas (causal/es invocadas en la acción de anulación, pero no incluidas en la remisión por el Tribunal judicial)

Corresponde señalar que el Tribunal judicial debe indicar cuales son los aspectos que podrían tener que ser corregidos y no efectuar una remisión genérica para subsanación de errores.

4. Margen de acción por parte del Tribunal judicial

Es discutible si cuando la norma establece para el Tribunal judicial la facultad, refiere a la remisión o a la suspensión mientras se tramita la remisión.

Al respecto corresponde tener presentes el texto de la Ley Modelo UNCITRAL tanto en español como en inglés:

“El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes,

Tengamos presente que no es requisito del reenvío un análisis preliminar de la procedencia de la acción de anulación.

por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.”

No es la intención de este trabajo apelar exclusivamente a argumentos de texto (menos aun a los piedeletristas) Sin embargo entendemos procede hacer notar que ambos emplean el término “podrá” pero mientras en la versión en español el mismo no está seguido de una coma, si lo está en el texto en inglés. Además, en este último entre el verbo (“podrá”) y el objeto de la acción, se inserta “*where appropriate and so requested by a party*” que en el texto en español aparece en otro orden. Es decir que puede sostenerse que en la versión en español lleva a interpretar que la posibilidad que se acuerda al Tribunal judicial refiere a la suspensión del proceso judicial de anulación (“podrá suspender las actuaciones de nulidad”) y en la versión en inglés (“*may, ..., suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal ...*”) lleva a interpretar que la facultad refiere a la suspensión para el reenvío (como un todo)

Por lo tanto, en la versión en inglés es más evidente que se trata la norma regula en conjunto la facultad de remisión con la facultad de suspensión. La retroalimentación entre las versiones nos permitiría interpretar la versión en español en el mismo sentido.

Ello nos deja dos cuestiones a evaluar: a) si la Ley Modelo UNCITRAL obvia la regulación de la remisión entendiendo que es de principio y no requiere previsión expresa; b) si el Tribunal judicial puede decidir la remisión sin suspensión de las actuaciones de anulación o son inescindibles.

Cabe mencionar que mientras la Ley Modelo UNCITRAL prevé la suspensión del proceso de anulación mientras se tramita el reenvío, el *Arbitration Act* (Reino Unido) regula la remisión como una forma de concluir el proceso de anulación. A su vez, esta última norma refleja una postura respecto del reenvío que no se percibe en la Ley Modelo, en cuando a darle carácter prioritario al reenvío frente a la anulación. Véase que establece en su artículo 68 numeral 3 inciso segundo que “*The court shall not exercise its power to set aside or to declare an award to be of no effect, in whole or in part, unless it is satisfied that it would be inappropriate to remit the matters in question to the tribunal for reconsideration.*”

5. Improcedencia del reenvío cuando el defecto fue objeto de solicitud de corrección

Corresponde tener presente que la Ley Modelo UNCITRAL prevé correcciones del laudo que pueden solicitar las partes (incluso algunas de oficio). Es posible cuestionar la procedencia del reenvío para que el Tribunal arbitral tenga la oportunidad de solucionar defectos que ya fueron puestos a su consideración y a conciencia no resolvió (o descartó “resolver” considerando que no existía defecto a subsanar).

No puede darse una respuesta genérica, correspondiendo ver el caso concreto en tanto los escenarios pueden ser muy variados. Sin perjuicio de ello entiendo que la regla de la cual se debe partir es de no remitir el expediente para subsanación de un error que el Tribunal arbitral ya tuvo oportunidad de corregir en respuesta a una solicitud de corrección.

Lo antes señalado merece una aclaración: es muy diferente la opinión reflejada en las líneas precedentes, a sostener que el haber accionado las medidas correctivas sea requisito de admisibilidad de la acción de anulación (no es lo que se aquí se sostiene) Si bien en ambas cuestiones no hay un requisito normativo (ni para promover anulación el haber antes solicitado la corrección – en aquellos supuestos en que se vincula que sin duda no son todos –; ni para que proceda el mecanismo de reenvío que comentamos), para el reenvío parece ser un elemento de gran peso al momento de decidir su admisión.

No puede darse una respuesta genérica, correspondiendo ver el caso concreto en tanto los escenarios pueden ser muy variados.

6. Procedencia de oficio y/o a pedido de parte

Mientras en la Ley peruana (Decreto- Ley 1.071) la ausencia de referencia a la solicitud de parte admitiría la conclusión de que procede de oficio únicamente, la Ley Modelo UNCITRAL incluye el requisito del pedido de una de las partes. Sin embargo, ello merece varios comentarios.

Por un lado, no se circunscribe al pedido de la parte que estaría defendiendo el laudo (para simplificarlo, a quien da como victorioso -si es que el laudo fuera completamente favorable a una de las partes-) sino que pueden plantearlo cualquiera de las partes. Podría darse que quien ha promovido el proceso anulatorio luego pida la remisión, con fines legítimos o dilatorios, e incluso cuando ya sabe lo que al respecto piensa el Tribunal arbitral por haberlo ya planteado durante el procedimiento arbitral. En tal sentido, cabe hacer notar que no se excluye la solicitud de remisión la hipótesis de pretensión de anulación por causales por las cuales el Tribunal arbitral ya se pronunció expresamente. Si entendemos que en definitiva el Tribunal judicial está habilitado para negar la remisión, ello no impide que sea un antecedente a ser valorado al tomar esa decisión.

Por otro lado, pueden exponerse diferentes interpretaciones sobre aquello que se somete a instancia de parte: ¿la remisión en sí misma o la suspensión del proceso de anulación mientras el Tribunal arbitral analiza la adopción de medidas?

Cabe hacer notar que establecer que la suspensión del proceso de anulación requiera solicitud de parte es de total coherencia con el arbitraje. Ello se explica en tanto la suspensión para remisión dilata aún más la conclusión

del proceso anulatorio, siendo la celeridad una de las ventajas del sistema arbitral en el cual – pese a insertarse en un proceso judicial- podemos incluir a la anulación (en un sentido amplio del sistema)

Otro tema es si la remisión en sí misma requiere instancia de parte o si en realidad la norma da por hecho que el Tribunal tiene esa facultad y se aboga únicamente a regular la suspensión. Esta interpretación lleva a considerar que

el Tribunal puede disponer de oficio la remisión, pero solamente podrá suspender las actuaciones en caso de solicitud de parte.

Puede sostenerse que en realidad la norma habilita a las partes a plantear la suspensión para remisión, es decir, todo como un conjunto. La consecuencia de adoptar esta interpretación es que la remisión misma con la suspensión no procedería de

oficio. Como se señaló *ut supra* al analizar los límites a la facultad del Tribunal judicial, la versión en inglés de la Ley Modelo UNCITRAL aporta más argumentos de texto para esta interpretación.

De tratarse de un mecanismo que se acciona a pedido de parte, puede ser considerado un recurso por el cual las partes reabren la consideración del caso (aunque con grandes restricciones) por parte del Tribunal arbitral. Con ello nuevas interrogantes: ¿es admisible la renuncia anticipada al reenvío (incluirlo en una cláusula o compromiso arbitral) o se considera renunciado cuando se acuerda un Reglamento institucional que incluye renuncia genérica a todo recurso diferente de la anulación? Es correcto señalar que en realidad no es un recurso que provoque la revisión del laudo ante el Tribunal judicial sino un mecanismo que estaría más a la par de las medidas de corrección reguladas por el artículo 33 de la Ley Modelo UNCITRAL.

En igual sentido cabe preguntarse si, de considerarse separable la solicitud de suspensión de la de remisión, es renunciable el derecho a pedir que el proceso judicial de anulación se suspenda. Ante ausencia de previsión expresa, al tratarse de una pretensión en sede judicial, pueden tener relevancias otras disposiciones de la Ley procesal del lugar del arbitraje.

A su vez, debemos destacar que el plazo de suspensión del proceso judicial de anulación para la tramitación de la remisión es fijado por el Tribunal judicial. Sin embargo, entiendo que las partes pueden haberlo fijado por acuerdo de partes.

La Ley peruana de arbitraje (Decreto-Ley 1071) en su artículo 64 numeral 4 dispone que “Vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los veinte (20) días siguientes. En la vista de la causa, la Corte Superior competente podrá suspender las actuaciones judiciales por un plazo no mayor a seis (6) meses a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que, a criterio de los árbitros elimine las causales alegadas para el recurso de anulación. En caso contrario, resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.” Sin duda el límite de 6 meses que establece esta norma, *prima facie* parece exagerado e inadmisibles si se trata de un arbitraje con procedimiento abreviado, lo cual deberá ser valorado por el Tribunal judicial al momento de fijarlo.

7. Con noticia o sin noticia de la contraparte

El artículo 34 numeral 4 de la Ley Modelo UNCITRAL no establece que de la solicitud de parte consistente en la remisión del laudo al Tribunal arbitral emisor, deba darse traslado a la contraparte o si debería conferirlo el Tribunal arbitral una vez que lo recibe. Debe tenerse presente que cuando en el artículo 33 regula las medidas correctivas, se refiere a ello expresamente. Ello constituye el fundamento para prescindir de dicho traslado. Principios generales de igualdad y contradicción, aplicables al procedimiento

A su vez, debemos destacar que el plazo de suspensión del proceso judicial de anulación para la tramitación de la remisión es fijado por el Tribunal judicial.



arbitral, y el debido proceso mismo, nos llevarían a concluir que procede escuchar a la contraparte. Por lo tanto, no solamente sería exigible la mera noticia que de por sí es importante para evitar que una parte esté al margen de que el laudo ha vuelto a los árbitros, sino también darle plazo para defenderse. De lo dicho ya se deduce que no se regula cual sería el plazo a otorgar.

Por otra parte, no está previsto y no procede por aplicación de principios generales, la vista previa al Tribunal arbitral para que se manifieste sobre el reenvío. El Tribunal judicial decide sin consultarle, sin que se pueda alegar la vulneración de un derecho de defensa por parte de aquel.

8. Facultades del Tribunal judicial luego de la remisión

El procedimiento que sigue luego de que el laudo regresa del reenvío deja lugar a dudas. Ello ocurre tanto si el Tribunal arbitral adopta medidas correctivas como si decide no hacerlo.

Según la Ley Modelo UNCITRAL, las medidas adoptadas deben ser idóneas para eliminar el defecto a juicio del mismo Tribunal arbitral. En igual sentido la Ley peruana habla de medidas suficientes a "criterio de los árbitros".

Es decir que las normas estarían asignando al mismo Tribunal arbitral la facultad de valorar como suficientes las medidas que adopte para eliminar la causal de nulidad. Ello nos lleva a preguntarnos si luego está habilitado el Tribunal judicial a valorarlas o su rol se limita a confirmar que se han adoptado medidas. Entiendo que, si bien el texto de la norma podría ser más claro, no autoriza a impedir el control por parte del Tribunal judicial en sede de anulación: puede el Tribunal judicial anular el laudo por entender que las medidas adoptadas no remueven la causal de nulidad alegada por el reclamante. Considero que cuando ya el Tribunal arbitral se ha pronunciado ante el reenvío o ha vencido el plazo para ello, el Tribunal judicial debe darle vista tanto al promotor de la anulación a fin de que se manifieste si mantiene su pretensión (o si por el contrario entiende subsanado el defecto) como a la contraparte.

Pese a lo dicho no puede sino marcarse la dificultad del tema atento a la insuficiencia de soluciones expresas en la norma: si el Tribunal arbitral ha corregido el laudo que fuera sometido a proceso judicial de anulación, cabe preguntarse si el pronunciamiento del Tribunal arbitral que anula igualmente el laudo, tendrá por objeto el laudo original o el corregido. Se agrega la necesidad de limitar fuertemente el mecanismo para que la corrección subsane defectos procesales, pero no cambie al laudo.

Por otra parte, Sofía Vaz Sampaio⁵ se pregunta si el Tribunal judicial puede o debe dar instrucciones u orientaciones a la corrección. Entiendo que no, que ello excedería los límites entre las competencias del Tribunal judicial y el Tribunal arbitral.

5. Sofía Vaz Sampaio, "O poder jurisdiccional ...", p. 159.

Cabe plantearse que consecuencia tiene el hecho de que el Tribunal arbitral no hubiere adoptado medida alguna. Analizar este punto, va de la mano con otra pregunta: ¿Debe considerarse que cuando el Tribunal judicial remite, está adelantando su parecer de que hay defectos que dan lugar a la anulación? Me inclino por la negativa: el Tribunal judicial no debe ingresar al análisis de la existencia de la causal de anulación de forma previa a la remisión para subsanación, sino que, recibido el reclamo de anulación y advertido que se trata de un defecto de menor entidad que admite corrección, "podrá" remitirlo a los árbitros. En el mismo sentido, si el Tribunal se mantiene en que no se requiere ninguna medida en tanto nada debe ser corregido, ello no conlleva a anulación pudiendo el Tribunal judicial coincidir (por los mismos u otros argumentos).

Conclusiones

Entre los factores que llevan a calificar de forma positiva a una sede arbitral, se destaca un adecuado sistema judicial que opere con respeto al arbitraje como un legítimo mecanismo de solución de disputas. Ello no se contradice, sino que se confirma, a partir del desarrollo de la función de control de la regularidad del laudo como resultado de un planteo de anulación.

Promovida la anulación de un laudo y advertido por el tribunal judicial que la anomalía invocada es subsanable, el mecanismo del reenvío surge como una opción a tener en cuenta. Si bien el mismo no impone al Tribunal arbitral una obligación de adopción de medidas correctivas, ésta deriva de su deber implícito de emitir un laudo válido y ejecutable. Es una herramienta que evita la pérdida que implica mantener un conflicto insoluto y los inconvenientes (incluidos los gastos) de reiniciar los procedimientos. Como queda en evidencia por los comentarios *ut supra* realizados, la Ley Modelo UNCITRAL lo regula de manera insuficiente, generando margen para la discusión sobre su alcance, así como dudas en relación a las facultades otorgadas al Tribunal judicial que es llamado a resolver sobre la anulación de un laudo arbitral. ■

Dra. Jenifer ALFARO BORGES⁶

Directora de las Publicaciones de la UIA

Abogada, Alphabeto Uruguay

Montevideo, Uruguay

jalfaro@alphabeto.com.uy

6. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. FCI Arb. Profesora de Derecho Comercial, Comercio internacional y Arbitraje internacional, en grado y posgrado (diferentes carreras y facultades). Master en Derecho de la Empresa (Universidad de Montevideo, Uruguay) También cursó Maestrías en Derecho Comercial, Universidad de la República, Uruguay, en Derecho civil énfasis contratos Universidad Católica del Uruguay. Integrante del Comité Ejecutivo de la Unión Internacional de Abogados. Directora del Colegio de Abogados del Uruguay. Vicepresidente de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Ha publicado 5 libros. y más de 70 artículos en Revistas especializadas de diversos países. Ha dictado conferencias en Uruguay y el exterior.



Laura COLLADA

México: Modificaciones importantes en el área de patentes en la nueva Ley federal para la **protección de la propiedad industrial**

➤ Mexican IP law underwent major amendments relating to almost all intellectual property rights, including patents. The article mentions that new inclusion of inventions that are patentable, as well as which cases are unpatentable. It also mentions the amendment referring to the Bolar clause which is a novelty in the legal framework. It also explains the new rules for divisional patents and finally refers to the complimentary certificate that will solve issues regarding the time in prosecution.

➤ La loi mexicaine sur la propriété intellectuelle a subi des modifications majeures concernant presque tous les droits de propriété intellectuelle, y compris les brevets. L'article mentionne cette nouvelle inclusion d'inventions brevetables, ainsi que les cas non brevetables. Il mentionne également l'amendement faisant référence à la clause Bolar qui est une nouveauté dans le cadre juridique. Il explique également les nouvelles règles pour les brevets divisionnaires et fait enfin référence au certificat complémentaire qui résoudra les problèmes liés au délai de poursuite.

La nueva Ley Federal de Protección de la Propiedad Industrial de México entro en vigor el 5 de noviembre de 2020. Esta nueva ley introduce varios preceptos que se consideran innovadores y que el tiempo dirá si fueron los correctos.

En materia de patentes, se incluye la protección a los nuevos usos de las sustancias, compuestos o composiciones comprendidos en el estado de la técnica. Se establece la definición de características técnicas esenciales, siendo aquéllas necesarias para que una invención resuelva el problema técnico, dicha definición corresponde a conceptos adoptados en base a la Ley de Patentes Europea.

Por otra parte, se puntualiza la no-patentabilidad de procedimientos de clonación, modificación genética en animales o para el desarrollo de un ser humano y utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales.

No obstante, se da pie a la protección del material biológico que haya sido modificado mediante un procedimiento técnico.

Así mismo, se incluye la premisa de la "Cláusula bolar", por lo que un tercero podrá usar, fabricar, ofrecer en venta o importar un producto con patente vigente, para generar pruebas, información y producción experimental con la finalidad de obtener registros sanitarios de medicamentos a efecto de comercializarlos cuando venza la patente, desde la presentación de la solicitud de patente y durante todo el tiempo de su vigencia.



Por otra parte, se plantea un cambio en la regulación de las solicitudes divisionales, dentro de las cuales se puntualizan las solicitudes divisionales presentadas "voluntariamente", mismas que deberán presentarse en conjunto y en una sola exhibición, excluyendo la posibilidad de presentación de solicitudes divisionales en cascada salvo que el Instituto lo considere procedente o así lo requiera.

Una introducción muy novedosa es la que establece el certificado complementario para ajustar la vigencia de la patente para los casos en que el procedimiento de otorgamiento de una patente exceda de cinco años desde la fecha de presentación, siendo esto directamente atribuible a la oficina de patentes.

Hay muchas otras modificaciones interesantes que comentarse, pero éstas son de las más destacables en la nueva legislación. ■

Laura COLLADA

*Redactora Jefa Adjunta – Juriste International
Managing Partner, Dumont
México, D.F., México
lcollada@dumont.com.mx*



Opeyemi ADEDIRAN

Nigeria: Contemporary Tax Issues

Cet article met en évidence certains développements récents dont les investisseurs internationaux devraient être conscients en ce qui concerne l'administration fiscale contemporaine au Nigeria.

Este artículo destaca algunos desarrollos recientes que los inversores internacionales deben conocer con respecto a la administración tributaria contemporánea en Nigeria.

related activities; uses a domain name (.ng) or registers a website address in Nigeria; or has a purposeful and sustained interaction with persons in Nigeria by customizing its digital page or platform to target Nigerian customers/users. Some of the activities are streaming or downloading services of digital content such as movies, videos, music, affected to any person in Nigeria, data transmission about Nigerian users that has been generated from such users' activities on applications, as well as intermediation services through a digital platform or applications that link suppliers and customers in Nigeria. Notwithstanding, any NRC that is registered in a country that has a tax treaty with Nigeria dealing with tax issues under digital economy will be treated in line with the tax treaty.

Taxation of the Digital Economy

The taxable activity/income of a non-resident company (NRC) has been expanded. The Finance Act 2019 makes an NRC engaging in electronic, online or digital enabled activities liable to CIT where the NRC has a significant economic presence (SEP) in Nigeria and the profit can be attributable to such activity. An NRC will have a SEP in instances where it derives income of more than N25 million or its equivalent in other currencies from the digital or

Value Added Tax (VAT)

VAT has been increased from 5% to 7.5% on the value all goods and services. The Finance Act 2020 redefines goods and services to include online transactions. It taxes the supply of goods and services from non-resident person (NRP) but excludes interests in lands and building. Taxable supplies include goods that are physically present in Nigeria at the time of supply or imported into Nigeria for use or



MY OWN BACKYARD

assembled or installed in Nigeria. It includes the supply of goods where the beneficial owner of the rights in or over the goods is a taxable person in Nigeria and the goods or right is situated, registered or exercisable in Nigeria. The supply subject to VAT also includes the services that are rendered in Nigeria by a person physically present in Nigeria at the time of service or the services are provided in Nigeria, regardless of whether the services are rendered within or outside Nigeria. For this purpose, a new system of reverse charge has been provided for a taxpayer that receives a supply from a NRP to self-account for the VAT where the NRP did not add VAT to the invoice, while this appears ambitious in attempting to cover electronic transactions, but it raises other questions.

Stamp Duty on Electronic Transfer of Money

The Finance Act 2020 has included an electronic stamp and an electronic acknowledgement for denoting any duty or fee as part of the definition of a stamp. The law imposes an 'electronic money transfer levy' on electronic receipts or transfers into accounts at all deposit money bank or financial institutions and expressed to be received by the person to whom the transfer or deposit is made. The levy is charged at N50 levy on: (a) each transfer of N10,000 and above (except where the deposit or transfer occurs between two accounts maintained by the same person in the same bank), (b) Inter-bank deposits and transfers from N10,000 and above involving accounts owned by the same person in different banks and (c) all inter-bank deposits and transfers of N10,000 and above involving accounts owned by different persons.

E-services for Tax Administration

Electronic/ remote filing of tax returns enabled. Although use of technology had been identified as a tool to improve

tax collection and blocking of tax leakages prior to the advent of the Covid-19 pandemic, the spread of the COVID-19 has resulted in social distancing measures that are augmented by increased use of technology as a driver of tax capture efficiency and effectiveness. The Federal Inland Revenue Service has deployed electronic platforms for tax administration and compliance in Nigeria such as e-filing, e-tax payment, e-receipt, e-TCC, e-stamp duty and e-transfer pricing. These initiatives have contributed to "the ease of doing business".

SMEs

Preferential Tax Treatments for SMEs. One area that would be of interest to investors and venture capital providers is the tax treatment of profits generated by small and medium enterprises. However, the conflicting definitions of a "small company" under the corporate law and tax law in Nigeria calls for clarity. Section 394 of the Companies and Allied Matters Act 2020 (CAMA) provides for the qualifying conditions of a small company as follows: It is a private company; Its turnover is more than N120,000,000; Its net assets value is not more than N60,000,000; members are Nigerians; the directors hold at least 51% of its share capital. The Finance Act 2019 however defines a small company as a company that earns gross turnover of N25,000,000 or less while defining a medium-sized company as one that earns gross turnover between N25,000,000 and N100,000,000. The implication of a small company in CAMA is for the purpose of filing financial statements and annual returns while the tax law creates the distinction in small and medium companies to differentiate the tax rate, which are 0% and 20% respectively. ■

Opeyemi ADEDIRAN

General Counsel, Legal Advisor, Vigeo Holdings Ltd
Lagos, Nigeria
opeyemiad@gmail.com

UIA International Association of Lawyers

www.uianet.org/en/events

WWW.UIANET.ORG

#UIAEvents
for legal professionals
2021 Programme

Join the UIA, the global and multicultural association for the legal profession

10 REASONS TO JOIN US

Become Part of a **COMMUNITY** of Lawyers covering **110 Countries**



At the UIA, you will meet lawyers from all around the world who practise in every field of law.

Create **BUSINESS Opportunities**



The UIA network enables you to create trust-based partnerships and meet potential clients.

Raise the profile of my **PRACTICE** and my **FIRM**



The UIAdvance programme increases your firm's visibility and offers it exclusive opportunities.

Develop my Professional **SKILLS**



Throughout the year, the UIA gives you the possibility of enriching your skills through webinars, seminars and conventions, which are accredited for ongoing training.

Discuss **EXPERIENCE** and Share **LEGAL TECHNIQUES**



The UIA's 43 scientific commissions give you access to the experience of colleagues from all around the world and are an opportunity to promote and share your legal techniques.

Improve my **LEGAL KNOWLEDGE**



The UIA gives you the means to improve your legal knowledge through its publications, its podcasts, its newsletters, its magazine *Juriste International*, and its online articles and reports.

Showcase my **EXPERTISE**



Write for our publications, participate in online discussion groups, showcase your expertise in the members' directory, and increase your visibility.

Provide or Obtain **CAREER ASSISTANCE**



The *UIMentoring* programme enables you to mentor or be mentored by a colleague as part of your career development.

Defend the Legal Profession and the **RULE OF LAW**



Support the actions of UIA-IROL, which advocates defence of the defence, and of the fundamental principles of the profession and the rule of law.

Be Represented at **INTERGOVERNMENTAL FORUMS**



The UIA's links with international bodies (UN, Council of Europe) are a genuine opportunity for your voice to be heard on the international legal scene.

OUR CORE VALUES?

Respect and interest for all forms of diversity

- Diversity of culture (110 countries represented, 3 working languages)
- Diversity of legal systems (civil law and common law)
- Diversity of forms of professional practice (all sizes of firm, from individual lawyers to major international firms)

WHAT MAKES US DIFFERENT?

- We are open-minded, personal and welcoming
- Our activities are useful, meaningful and tailored to your interests
- Our members are more than just fellow lawyers, we are friends

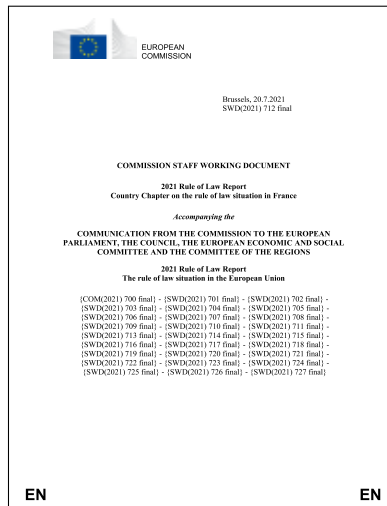
Would you like to join us?

WWW.UIANET.ORG

La Commission européenne a publié son rapport 2021 sur l'État de droit dans l'Union européenne (20 juillet)

Rapport 2021 (COM(2021) 700 final)

Le rapport annuel sur l'État de droit s'intéresse à 4 éléments clés au sein de chaque État membre, à savoir le système de justice, le cadre de lutte contre la corruption, la liberté et le pluralisme des médias ainsi que l'équilibre des pouvoirs. Dans l'ensemble, la Commission relève de nombreuses évolutions positives depuis l'année dernière, notamment grâce à des réformes des systèmes



de justice permettant d'en renforcer l'indépendance. Dans le contexte de la crise sanitaire causée par l'épidémie de Covid-19, le rapport met également en évidence la forte résilience dont les systèmes nationaux ont fait preuve, préservant ainsi l'État de droit. La Commission exprime toutefois de graves préoccupations à l'égard de certains États, parmi lesquels la Pologne et la Hongrie, où l'indépendance du pouvoir judiciaire et la situation des médias demeurent inquiétantes.

Tunisia

On 25 July 2021, President Kais Saied of Tunisia, claiming emergency power pursuant to Article 80 of the Tunisian Constitution, dismissed the Prime Minister, Hichem Mechichi, and suspended the legislative body, the Assembly of the Representatives of the People. Article 80 states that "[i]n the event of imminent danger threatening the nation's institutions or the security or independence of the country, and hampering the normal functioning of the state, the President of the Republic may take any measures necessitated by the exceptional circumstances, after consultation with the Head of Government and the Speaker of the Assembly of the Representatives of the People and informing the President of the Constitutional Court."

Notably, Article 80 mandates that "[t]he measures shall guarantee, as soon as possible, a return to the normal functioning of state institutions and services. The Assembly of the Representatives of the People shall be deemed to be in a state of continuous session throughout such a period. In this situation, the President of the Republic cannot dissolve the Assembly of the Representatives of the People and a motion of censure

against the government cannot be presented." Application may be made by the Speaker after thirty days to the Constitutional Court.

The bases asserted by the President were in reaction to protests earlier this year, purportedly arising out of alleged police mistreatment of a shepherd and in support of the Ennahdah Movement (the Movement of Islamic Tendency), as well as the economic condition and the impact of Covid-19 in Tunisia.

The suspension of the legislature was extended on 24 August 2021. As reported by the BBC on 27 August 2021, a Tunisian member of Parliament and member of the Ennahdah party, sued the president for violating the Constitution. The Ennahdah party, while denouncing the president, has not endorsed the case.

In early September, the Tunisian General Labour Union urged the President, whom the union has generally supported, to name a government and provide details as to the way forward.

As of this writing, the situation remains unresolved, but the challenges to the rule of law in the country continue.



DAC 6 : renvoi préjudiciel par le Conseil d'État

À la requête du CNB, de la Conférence des bâtonniers et du barreau de Paris, le Conseil d'État a décidé, le 25 juin dernier, d'interroger la CJUE sur la compatibilité de l'article 8bis ter, paragraphe 5, de la directive n°2011/16/UE avec le principe de protection du secret professionnel de l'avocat, garanti à la fois par la Charte des droits fondamentaux et par la CEDH. En effet, la directive 2011/16/UE, telle que modifiée par la directive n°2018/822, dite « DAC 6 », permet aux États d'instituer une obligation de déclarer à l'administration fiscale des dispositifs transfrontières potentiellement agressifs.

On The Olympic & Paralympic Games and Covid-19

In summer 2021, the 2020 Olympic & Paralympic Games were successfully held in Tokyo. During the preparation period, there were negative opinions against the gigantic international event to be held during the Covid-19 pandemic. Media in Japan, including SNS, severely criticized the Japanese government, which continued the preparation, and strongly requested the government to cancel the event. Preparation for the event, however, was not stopped. Criticism from the media became much more serious. Japanese people were significantly confused between the criticism and the on-going preparation.



The confusion was mainly caused by the lack of precise analysis and a misunderstanding as to the legal scheme for hosting Olympic & Paralympic Games. After the victory securing the bid in 2013, City of Tokyo concluded a contract with International Olympic Committee (IOC). According to the "Host City Contract," an organizer of the event was IOC. In other words, City of Tokyo was not an organizer but only a provider of facilities and services for the event. Consequently, City of Tokyo did not have any legal power to cancel the event. On the other hand, Japan government was not a party to the Contract. Consequently, the Japanese government never had any legal power to cancel the event.

In reality, the exclusive organizer of the event, IOC, postponed the year of the event from 2020 to 2021 due to the pandemics, but never canceled the event. The City of Tokyo could have stopped providing the facilities and services for the event. As a legal matter, the postponement could be deemed breach of the Contract. In that case, the City of Tokyo would have been liable for significant damages. There was no exemption clause for pandemics in the Contract. Additionally, it was uncertain whether or not the Covid-19 pandemic could work as an incident for the statutory exemption under the Swiss Law, which was governing law designated in the Contract.

This issue received virtually no media attention, although the Contract, was available on the Internet (<https://www.2020games.metro.tokyo.lg.jp/hostcitycontract-EN.pdf>). Nonetheless, immediately before the time of the event, the legal analysis on the Contract was presented by a legal scholar, quickly shared among the media, and the Japanese population finally obtained some clarity as to what had occurred.

Nouvelle loi sur la PMA en France

Une nouvelle loi française relative à la bioéthique a été promulguée le 2 août et publiée au Journal officiel le 3 août 2021. La procréation médicalement assistée (PMA) est élargie aux couples de femmes et aux femmes seules. Jusqu'à présent, la PMA était uniquement accessible aux couples hétérosexuels sur indication médicale.

Par ailleurs, la nouvelle loi crée un nouveau droit d'accès aux origines des enfants nés d'une PMA est posé. Ces enfants pourront à leur majorité accéder à des données non identifiantes du donneur (âge, caractères physiques...) ou à l'identité du donneur. La loi contient d'autres dispositions, notamment sur l'autoconservation des gamètes hors motif médical, la recherche sur les embryons et les cellules souches.

México lucha contra las muertes por armas de fuego

Las muertes por armas de fuego en México es una estadística que aumenta año con año; no solamente relacionadas con los carteles de narcotráfico, pero los civiles que desafortunadamente mueren a fuego cruzado. México tiene una política muy restrictiva en cuanto a posesión y transporte de armas.

El gobierno mexicano ha decidido demandar en la Corte Federal de Estados Unidos (Massachusetts) a 10 fabricantes de armas norteamericanos, ya que un gran porcentaje de las armas que acaban en las calles de nuestro país (90% de las armas decomisada) son de ese origen. La demanda menciona que los fabricantes facilitan la venta de armas a los carteles de droga y desean recuperar los daños causados por estas armas ilegales. Entre los demandados estas Smith & Wesson, Barrett, Ruger, Colt, etc. El monto reclamado de daño es de diez billones de dólares. La NSSP rechazó todas las alegaciones; de hecho, su presidente mencionó que el gobierno mexicano es el responsable del tráfico de armas ilegal, así como de la ola de crímenes y corrupción que existe en la frontera.



Discovering UIA Podcasts in the UIA Website

↳ Les podcasts de l'UIA sont une série d'entretiens avec des experts juridiques du monde entier accessibles sur Internet via : <https://www.uianet.org/en/uia-podcasts>. Cette page Web est divisée en trois sections, dédiées respectivement à la collection de publications UIA/LexisNexis, à l'impact de la pandémie de Covid-19 sur la pratique du droit et les besoins de leurs clients, à la vie de l'association et les questions juridiques importantes pour les avocats.

↳ Los podcasts de la UIA son una serie de entrevistas con expertos legales de todo el mundo a las que se puede acceder en Internet a través de: <https://www.uianet.org/en/uia-podcasts>. Esta página Web se divide en tres secciones dedicadas respectivamente a la colección de publicaciones UIA/LexisNexis, el impacto de la pandemia de Covid-19 en el ejercicio de la abogacía y las necesidades de los clientes y, por último, la vida de la asociación y otros temas jurídicos de importancia para los abogados.



Paolo LOMBARDI



The UIA podcasts are a series of interviews with legal experts from all over the world sharing their experiences on selected issues with their fellows of the UIA. These podcasts can be accessed on the internet via <https://www.uianet.org/en/uia-podcasts> and this webpage is divided in three sections.

Section 1

The first section is dedicated to the UIA/LexisNexis Publications Collection. Here you will have the opportunity of discovering the UIA unique books that are distinctive from everything that already exists today on the market. This section includes five interviews by Carlo Mastellone of Studio Legale Mastellone, Florence (Italy).

The first podcast is about the book *"Family Law Challenges and Developments from an International Perspective"*, edited by Federico Prus of Estudio Jurídico Dr. Prus, Buenos Aires (Argentina). The book addresses a variety of critical issues including: assets in divorce and family relations; prenuptial and marital agreements; the system of assets in force in matrimony and other kinds of unions; child custody regulations and the rights of children; domestic violence; the movement and international relocation of families; child abductions; habitual place of residence and the concept of "best interest"; surrogacy and international adoption; the influence of new technologies in the configuration of family law caseloads relating to jurisdiction and the enforceability of international divorce decrees; and ADR in family law.

The second podcast is about the book *"International Public Procurement"*, edited by Pedro Mel of Miranda Law Firm,

Lisbon and Oporto (Portugal). This book focuses on public procurement in the USA, in five EU countries (Germany, Spain, Portugal, Luxembourg, Italy) and other countries (Brazil and Angola). It addresses, on a country-by-country basis, the national public procurement legal framework, the award procedures, social and environmental concerns encompassed in public procurement rules, e-procurement regulation and the litigation process.

In the third podcast, I was pleased to speak about the book *"Recognition and Enforcement of Judgements and Arbitral Awards – Recent Trends and Developments"*, edited by me. This book explores recent developments on the recognition and enforcement of foreign judgements and arbitral awards from both a domestic and a cross-border perspective. Particular attention is paid to current trends concerning principles stated in EU Regulations and international conventions on this subject.

The fourth podcast is about the book *"Environmental Law and Sustainable Development"* edited by Carlos De Miguel Perales, lawyer and university Professor (Comillas University), Madrid (Spain). This book is a multi-jurisdictional analysis of environmental legislation, discussing changing trends and emerging issues relating to smart cities, corporate accountability, waste management and electric mobility.

The fifth podcast is about the book *"Fashion Law: Legal Trends and New Challenges"*, edited by Francisco Javier García Pérez of Uría Menéndez, Barcelona (Spain). This book is an exciting and insightful guide for any legal practitioner assisting clients in the world of fashion houses and big branding.

Section 2

The UIA podcasts Webpage also is dedicated to the impact of Covid-19 pandemic on the practice of law and their clients' needs. In this section there are three interviews touching various topics of employment law, law on commercial contracts and international sales law.

In particular, in the first podcast of this series Jerry Roth, UIA Immediate past President, speaks with California lawyer Natalie Pierce, a globally recognized specialist in employment law and artificial intelligence. She talks about the impact of Covid on legal practice, responding to clients' needs, what we can expect post-Covid, and more.

In the second podcast, Jerry Roth talks with UIA member Steven Richman, an American expert in domestic and international commercial law. They discuss the doctrine of force majeure in the time of Covid-19 with respect to both national and cross-border contracts.

In the third podcast Susanne Margossian, President of the UIA International Sale of Goods Commission, speaks about the impact of the Covid-19 pandemic on international sales contracts. She deals with relevant concepts such as force majeure, hardship, and good faith in different legal systems and she concludes with a practical checklist of steps to be taken.

Section 3

Finally the third section of the UIA podcasts Webpage is dedicated to the life of the association and legal issues of importance to lawyers around the world. In this section there are three contributions thus far.

The first podcast is an informal conversation among Jorge Martí, current UIA President, Jerry Roth and Rachel Cooper, a barrister specialised in family law in England and Wales. They discuss the almost century-long history of the UIA, its mission, its substantive work and membership, its resources, and the opportunities the UIA makes available to those looking to enhance the international reach of their legal practice.

The second podcast contains a conversation with Aparna Viswanathan, a corporate lawyer qualified in three jurisdictions (USA, E&W and India). She speaks about the UIA's webinar "*Digital Transformation: What Lawyers must know about Smart Contracts, Digital Services and Block Chain*" held on 2-3 March 2021 and she provides a fascinating insight into this area of law.

In the third podcast, Jerry Roth talks with Hoyoon Nam and Bruce Paulsen from Seward & Kissel LLP, a UIAdvance Law Firm based in New York, NY, (United States). They discuss the issue of U.S. economic sanctions, a hot topic in the news media lately.

Conclusion

Podcasts are the ideal way to obtain knowledge while on the go, wherever you may be: on your way to work, in the gym or at your desk. I therefore invite you to visit www.uianet.org and select UIA podcasts.

I wish you a pleasant listening.

Paolo LOMBARDI, Editor – Juriste International, Immediate past President of the UIA Private International Law Commission, Lawyer, Elexi Studio Legale, Turin, Italy,
paolo.lombardi@elexi.it



El Presidente de la UIA da ponencia en México

"Los retos de la abogacía y el papel de los colegios y agrupaciones de abogados."

PONENTE:
Jorge Martí
Presidente de la Unión Internacional de Abogados, UIA

FECHA:
8 de Octubre
a las 18:00 hrs

LUGAR:
Auditorio de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados

DIRECCIÓN:
Varsovia 1, Colonia Juárez, CP 06500

Registro: Alma Cruz
Correo: acruz@bma.org.mx
55 4600 3503 • 55 5807 4391

Los retos de la abogacía y el papel de los colegios, las asociaciones de abogados y las universidades

lunes 11 de octubre

Hora de inicio 18:00 hrs.
Terraza del edificio H

Expositor
Jorge Martí Moreno
Presidente de la Unión Internacional de Abogados

Modificador
Oscar Cruz Barney
Presidente del Comité Nacional Mexicano de la UIA

Confirmar asistencia al correo bcarranz@up.edu.mx

Cupo limitado.

El viernes 8 de octubre de este año, nuestro Presidente, Jorge Martí Moreno, estuvo como invitado y conferencista en la sede de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados exponiendo el tema "Los retos de la abogacía y el papel de los colegios y agrupaciones de los abogados". Es importante destacar que fue su primera gira, en tiempos post pandemia, en su calidad de Presidente de la Unión Internacional de Abogados, UIA.

El auditorio de la Barra Nacional Colegio de Abogados estuvo repleto de personalidades del mundo jurídico mexicano y de abogados escuchando la muy interesante



ponencia de nuestro Presidente. Entre los presentes se encontraba la actual presidenta de la Barra Mexicana Claudia de Buen así como el expresidente Héctor Herrera y miembros muy activos de UIA como son Alfonso Pérez-Cuéllar, Presidente del Consejo General de la Abogacía Mexicana; Moisés A. Castro, Presidente de la ANADE; Arturo Pueblita, Presidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México y Óscar Cruz Barney, Presidente del Comité Nacional Mexicano de la UIA.

Jorge Martí también tuvo actividades en la Ciudad de Guadalajara, Jalisco con miembros de la UIA y en particular con el expresidente del Comité Nacional, Fernando Hernández Gómez, durante las cuales hizo una ponencia sobre el tema de los retos de la abogacía y el papel de los colegios, las asociaciones de abogados y las universidades.

Esta visita a México estuvo llena de camaradería, derecho y cultura.



HOMMAGE À

Sami AKL



La pandémie, qui a livré tant de souffrance dans le monde entier, a emporté, lors des fêtes de Pâques 2021, l'âme de mon cher ami Sami Akl, cet esprit extraordinaire. Non seulement, Sami a laissé à Beyrouth une famille, grande et respectée, qui porte son nom, mais également une véritable galaxie de familles de cœur qui, dans le monde entier, pleurent comme un frère notre ancien Secrétaire régional pour le Proche et le Moyen-Orient, Conseiller du Président, et confrère spirituel de tant de juristes.

La disparition de ce grand homme a provoqué beaucoup d'émotion parmi ceux qui le connaissaient. À travers les réseaux sociaux, dans une polyphonie de langues, un vaste cercle d'amis a continué à partager ses souvenirs de cette personne joyeuse qu'était Sami, ce cher ami Sami. Rien ne peut mieux évoquer son sourire que les messages spontanés et les commentaires envoyés de tous les continents, fruit de l'immense gentillesse de Sami et des nombreux services qu'il a rendus à la profession d'avocat au cours des décennies.

Sami était profondément religieux, mais il dépassait ces considérations, les transcendait. Il était le parfait équilibre : reflétant le meilleur de l'UIA, il savait reconnaître d'une façon parfaite le fait que celui qui aime sa culture en tire une immense satisfaction quand il la partage avec ses homologues de cultures différentes. C'est ainsi qu'était Sami. Il voyageait de pays en pays, de continent en continent, de famille en famille, toujours prêt à écouter, faire comprendre, débattre pour trouver des solutions. Il serait inutile d'essayer de lister

tous les endroits où Sami a apporté son aide et partagé son amitié, tant ils sont nombreux : du Maghreb à Lisbonne ou à Miami, de Paris à New Delhi ou à São Paulo, de Bahreïn à Beyrouth et même de Buda à Pest.

Inscrit au Barreau de Beyrouth depuis 1969, Sami fut une présence constante dans la vie de l'UIA dès sa participation au congrès de San Francisco en 1993. Secrétaire régional pour le Proche et le Moyen-Orient pendant presque deux décennies à partir de l'année 1996, et Conseiller du Président en 1999 et 2000, l'in-fatigable Sami a parcouru le monde entier au nom de l'UIA, y compris pour des missions délicates relatives aux droits de l'homme, en Tunisie, en Irak, en Iran, à Bahreïn et en Libye. Le Mémorandum évoqué dans le livre célébrant le 80^e anniversaire de l'UIA en 2007 précise que : « *Les liens avec les avocats arabes se resserrent par la mise en place d'un protocole d'accord avec l'organisation la plus représentative des avocats arabes, l'Arab Lawyers Union (ALU), et grâce surtout à l'activité incessante du Secrétaire régional pour le Proche et le Moyen-Orient, Sami Akl.*

La présence constante de Sami définissait, et continue de définir, l'esprit de l'amitié indéfectible que se portent les membres de l'UIA. Nous partagerons toujours avec Sami et ses proches le chemin vers un futur plus fraternel, plus juste, comme une grande famille mondiale.

Steven A. HAMMOND
Président de l'UIA 1998-1999
Campo Maior, Portugal

”

El presidente Martí Moreno no solo es un distinguido abogado, sino también un talentoso artista. Presenta dos de sus obras inspiradas en la obra de Velázquez.

La tradición del retrato español se enmarca dentro de una corriente artística europea que tiene sus orígenes en la pintura italiana del siglo XIV.

Precedida por la pintura gótica eminentemente religiosa, el Renacimiento transita de los retablos a las representaciones mitológicas y los retratos.

El siglo XVII supone para la pintura española su momento de mayor esplendor. En el Siglo de Oro encontramos a pintores que han perdurado hasta nuestros días y han influenciado a varias generaciones y a genios de la pintura universal.

Si nos detenemos en Velázquez, su influencia abarca tanto a Manet como a Picasso.

Más recientemente, en la época Pop, el Equipo Crónica inicialmente, y Manolo Valdés con posterioridad, toman a Velázquez como "pretexto" y a sus Meninas o Reinas Marianas como inspiración para seguir indagando en nuevas formas de retratar.

Las dos obras que se reproducen aquí siguen esa línea.

La Menina azul es una obra de pequeño formato, un divertimento donado a una gala benéfica para recaudar fondos, donde la espontaneidad, la rapidez y soltura de la pincelada se asocian para producir una explosión de color.

La Reina Mariana con fondo verde, es una obra de gran formato y mayor complejidad. La complejidad es cromática: veladuras, transparencias y pintura fresca conviven con pintura mezclada. La complejidad es también gráfica y geométrica: triángulos y cuadrados conviven en armonía.

Dos creaciones que aspiran a ser observadas y amadas.

Jorge MARTÍ MORENO
Presidente de la UIA



Le President Martí Moreno, est, non seulement un éminent avocat, mais également un artiste talentueux. Il présente deux de ses œuvres inspirées de l'œuvre de Velázquez.

La tradition du portrait espagnol fait partie d'un courant artistique européen qui trouve ses origines dans la peinture italienne du XIV^e siècle.

Précédée par la peinture gothique éminemment religieuse, la Renaissance passe des retables aux représentations mythologiques et aux portraits.

Le XVII^e siècle est pour la peinture espagnole son moment de plus grande splendeur. À l'âge d'or, nous trouvons des peintres qui ont duré jusqu'à nos jours et ont influencé plusieurs générations et génies de la peinture universelle.

Si l'on s'arrête à Velázquez, son influence englobe à la fois Manet et Picasso.

Plus récemment, à l'ère Pop, Equipo Crónica initialement, et Manolo Valdés plus tard, ont pris Velázquez comme « prétexte » et ses Meninas ou Mariana Queens comme



President Martí Moreno is not only a distinguished lawyer, but also a talented artist. He presents two of his artworks inspired by the work of Velázquez.

The tradition of Spanish portraiture is part of a European artistic trend that has its origins in 14th century Italian painting.

Preceded by eminently religious Gothic paintings, the Renaissance moved artistic endeavors from altarpieces to mythological representations and portraits.

The 17th century's Spanish painting is its moment of greatest splendor. In the Golden Age, we find painters who have lasted in popularity to this day and have influenced several generations and geniuses of universal painting.

Velázquez's influence encompasses the influences of both Monet and Picasso.

More recently, in the Pop era, Equipo Crónica initially, and Manolo Valdés later, took Velázquez art as a «pretext,» and his *Meninas* or *Mariana Queens* is an inspiration to continue investigating new ways of portraying works of art.

The two works reproduced here follow that trend.

The *Menina Azul* is a small-format work donated to a charity gala to raise funds, where the spontaneity, speed, and ease of the brushstroke combine to produce an explosion of color.

The *Queen Mariana*, with a green background, is a large-format and more complex work. The complexity is chromatic: glazes, transparencies, and fresh paint coexist with mixed paint. The complexity is also graphic and geometric; triangles and squares coexist in harmony.

These are two creations that aspire to be observed and loved.

Jorge MARTÍ MORENO
President of the UIA

inspiration pour continuer à rechercher de nouvelles formes de représentations.

Les deux œuvres reproduites ici suivent ce mouvement.

La *Menina Azul* est une œuvre de petit format, un amusement offert à un gala de charité pour récolter des fonds, où la spontanéité, la vitesse et la facilité du coup de pinceau se combinent pour produire une explosion de couleurs.

La *Reine Mariana sur fond vert*, est une œuvre de grand format et plus complexe. La complexité tient à sa chromatique : glacis, transparences et peinture fraîche cohabitent avec la peinture mixte. La complexité est aussi graphique et géométrique : triangles et carrés cohabitent en harmonie.

Deux créations qui aspirent à être contemplées et aimées.

Jorge MARTÍ MORENO
Président de l'UIA



Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Unión Internacional de Abogados

Webinar presented by the UIA Foreign Investment commission

Investor-State Disputes Arising from the Pandemic: Strategic Responses for Representatives of Investors and Host States, including Developing Countries

November 23 & 24, 2021

#UIAEvents

Information & registration:
www.uianet.org



Webinar presented by the UIA Compliance & Anti-Money Laundering Subcommittee

Tackling Financial Crimes Together Focus on Money Laundering and Terrorist Financing

Tuesday, December 7, 2021

#UIAAML

Information & registration:
www.uianet.org





UIA

Union Internationale des Avocats
International Association of Lawyers
Unión Internacional de Abogados

www.uianet.org

SAVE THE DATE
66TH UIA CONGRESS
OCTOBER 26-30, 2022
#UIADAKAR

DAKAR