

# 5

## Accords internationaux d'investissement et règlement des différends

---

Au cours des dix dernières années, les économies MENA étudiées ont conclu un nombre important d'accords internationaux sur l'investissement et ont connu une augmentation du nombre de différends entre investisseurs et État. Le présent chapitre fait le point sur ces évolutions. Il met en avant la nécessité de considérer et d'engager des réformes, notamment sur la révision de la politique de traités, la clarification des dispositions juridiques et la mise en œuvre de mesures et de mécanismes de prévention des différends.

---

## Résumé et considérations intéressant l'action publique

Les pays de la région MENA étudiés sont liés par un grand nombre d'accords internationaux d'investissement (AII). D'après des données publiques, les huit économies ont conclu au moins 420 traités bilatéraux d'investissement (TBI), dont 309 sont en vigueur (ce qui représente environ 13 % du total des TBI entrés en vigueur dans le monde), deux accords régionaux sur l'investissement (l'Accord unifié pour l'investissement du capital arabe dans les États arabes et l'Accord d'investissement de l'Organisation de coopération islamique), ainsi que plusieurs accords sur le commerce et l'investissement et d'autres accords internationaux se rapportant à l'investissement. Nombre de ces accords présentent les caractéristiques des traités dits de première génération, notamment des dispositions de fond relativement vagues et un manque de clarté qui peut donner lieu à une interprétation large par les tribunaux d'arbitrage. S'inscrivant en cela dans une tendance internationale, certaines des huit économies étudiées ont entrepris une démarche de révision des politiques et pratiques en matière de traités d'investissement, mais des réformes plus poussées doivent être encouragées dans l'objectif d'assurer l'équilibre entre protection des investisseurs et droit des États à légiférer.

La région MENA a connu une forte augmentation des cas de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) au cours de la dernière décennie. Le nombre connu de cas de RDIE visant un pays MENA sur le fondement d'un traité est de 84 (8.2 % du total mondial) – la majorité d'entre elles datant moins de dix ans. Les mécanismes de RDIE protègent les États et les investisseurs contre des comportements inadéquats, mais leur mise en œuvre, effets, coût, complexité, opacité et légitimité sont sujets à débats. Cette évolution et les préoccupations qu'elle suscite sont à l'origine d'un large mouvement de réformes internationales et nationales. Les économies MENA étudiées dans ce rapport sont encouragées à participer aux débats internationaux sur le RDIE et à réfléchir aux moyens de limiter l'exposition aux litiges et d'éviter la survenue de différends relatifs aux investissements.

La vague de demandes d'arbitrage émises par des investisseurs étrangers à l'encontre des États de la région MENA dans le sillage des soulèvements sociaux et politiques qui ont secoué ces pays à partir de 2011 semble montrer l'existence d'une corrélation entre crises politiques et économiques et multiplication des procédures de RDIE. Même s'il est sans doute trop tôt pour établir une telle corrélation dans le cas de cette nouvelle crise qu'est la pandémie de Covid-19, les États de la région MENA doivent rester vigilants, faire œuvre de sensibilisation et de pédagogie, et faire montre d'anticipation dans la prévention et la gestion des différends. Quelques-uns possèdent déjà des mécanismes de prévention des différends, et les cellules de crise formées par certaines agences de promotion des investissements (API) en réponse à la pandémie assurent aussi un rôle préventif. Ces initiatives devraient continuer d'être encouragées, et s'inspirer des bonnes pratiques existantes, afin d'accélérer leur mise en œuvre effective.

## Considérations intéressant l'action publique

- Réviser la politique et la pratique en matière de traités d'investissement : prendre la mesure du réseau de traités, évaluer les coûts et les avantages des principales dispositions et leur effet potentiel et, le cas échéant, étudier les possibilités de révision des dispositions principales pour les mettre en conformité avec les priorités en cours ; ajouter de nouvelles précisions et assurer un meilleur équilibre entre la protection des investisseurs et le droit souverain de réglementer. Selon le contexte et la formulation du traité, il peut être possible d'atteindre ces objectifs par des interprétations communes convenues par les contractants. Dans d'autres cas, il peut être nécessaire de modifier le traité. Remplacer d'un commun accord les anciens traités peut également être approprié dans certains cas.
- Participer aux discussions multilatérales et régionales concernant les accords sur l'investissement et les mécanismes de règlement des différends, afin de sensibiliser aux enjeux, d'éviter les incohérences avec le réseau de traités bilatéraux, d'assurer l'homogénéité (notamment avec les lois et les conventions sur les investissements) et d'élaborer des réformes qui répondent à l'intention des États sans pour autant supprimer la protection des investisseurs. À cette fin, il est nécessaire de communiquer avec les parties aux traités et les secrétariats des organisations régionales concernées, de suivre les discussions en cours dans les enceintes internationales (OCDE, CNUDCI et CIRDI) et de participer activement à l'élaboration des prochains traités actuellement négociés, tels que le Protocole sur l'investissement de l'accord relatif à la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf).
- Envisager des réformes qui limiteraient l'exposition aux demandes d'arbitrage, en particulier en temps de crise – par exemple, l'introduction de dispositions juridiques plus claires et plus précises pour une meilleure cohérence de l'interprétation des tribunaux arbitraux, mais aussi des mécanismes de prévention et de gestion des litiges. S'inspirer pour cela des initiatives de certaines API de la région MENA en réponse à la crise du COVID-19 pour améliorer la communication avec les investisseurs et repérer les problèmes éventuels, et renforcer la coordination intra-gouvernementale et les mécanismes internes permettant de prévenir et de gérer les différends.

## Les pays MENA sont signataires de très nombreux AI

### ***Contenu et objet des accords internationaux sur l'investissement***

Comme de nombreux autres de par le monde, les États de la région MENA ont pris des engagements internationaux garantissant aux investisseurs étrangers un traitement spécifique au travers d'un grand nombre d'accords internationaux sur l'investissement (AI), également appelés « traités d'investissement ». Ces engagements, pris dans le cadre de traités bilatéraux d'investissement (TBI), d'accords régionaux sur l'investissement ou des chapitres pertinents d'accords sur les échanges et l'investissement, confèrent certaines protections aux investisseurs qu'ils couvrent, en plus et indépendamment de celles offertes par la législation interne. Les investisseurs nationaux ne sont généralement pas couverts par ces instruments.

Les traités d'investissement contiennent généralement des garanties substantielles contre l'expropriation ou la discrimination des investisseurs couverts. Les dispositions garantissant un « traitement juste et équitable » (TJE) sont également courantes – et ont pu donner lieu à des interprétations très diverses. Malgré quelques exceptions récentes non négligeables, généralement, les traités d'investissement

donnent aussi aux investisseurs protégés l'accès à des mécanismes de RDIE qui leur permettent de recourir à l'arbitrage international pour demander une compensation monétaire dans les cas où ils estiment que le pays d'accueil n'a pas respecté ses obligations. Si le droit national ne prévoit généralement pas d'indemnisation au-delà de situations clairement définies, telles que des cas d'expropriation, les traités offrent une grande latitude en la matière et, dans les affaires de RDIE, les investisseurs obtiennent souvent réparation par la voie d'une indemnisation.

La protection des investissements prévue par les traités peut jouer un rôle important pour promouvoir un environnement réglementaire propice aux investissements. Il arrive en effet que les États pratiquent l'expropriation ou la discrimination. En signant le traité, l'État accepte des contraintes légitimes sur ses politiques, offrant aux investisseurs une certitude et une prévisibilité plus grandes, et réduisant les risques injustifiés et le coût du capital. Les systèmes judiciaires et administratifs nationaux n'offrent aux investisseurs qu'un moyen pour se protéger. L'accès à l'arbitrage international en vertu des traités d'investissement donne aux investisseurs étrangers un levier supplémentaire important dans leurs relations avec les États d'accueil.

Les traités d'investissement sont souvent présentés comme un moyen d'attirer les investissements directs étrangers (IDE), ce qui est un objectif pour de nombreux pays. Toutes les études réalisées à ce jour n'ont pas permis d'établir clairement l'existence d'un tel lien (Pohl, 2018<sup>[1]</sup>). Certaines montrent que les traités ou les instruments qui abaissent les obstacles et les restrictions aux investissements étrangers ont plus d'effet sur les flux d'IDE que les TBI axés uniquement sur la protection post-établissement (Mistura et Roulet, 2019<sup>[2]</sup>). L'examen de ces hypothèses se poursuit, dans un nombre croissant d'études empiriques sur les objectifs des traités d'investissement et leurs résultats obtenus.

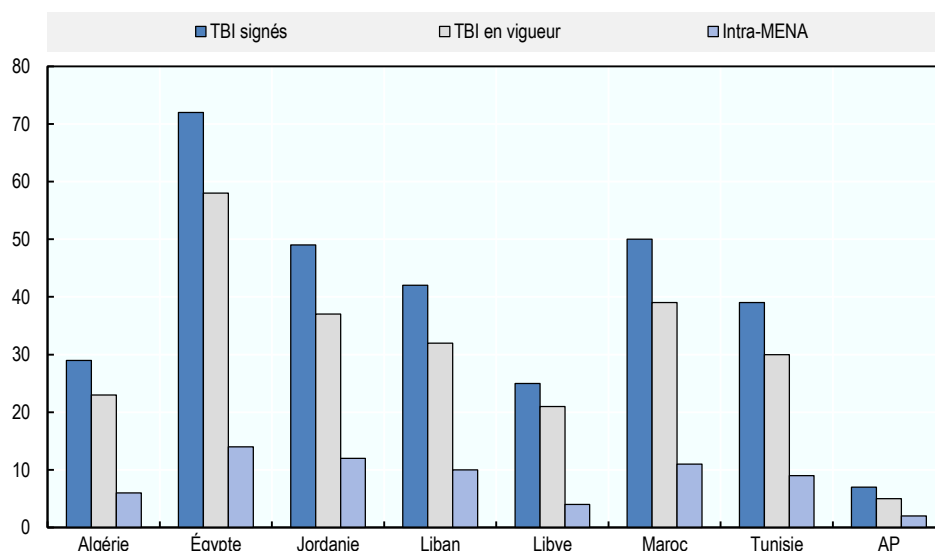
### ***Traités bilatéraux d'investissement***

Les pays MENA sont des signataires actifs de traités bilatéraux d'investissement (TBI). D'après les informations disponibles dans le domaine public, à la date de septembre 2020, les États MENA étudiés avaient conclu 420 TBI, dont 309 étaient considérés en vigueur (Graphique 5.1)<sup>1</sup>. Cela correspond à 13.1 % du total des TBI en vigueur dans le monde (2 340). À noter qu'un tiers de ces TBI conclus par des pays MENA (plus d'une centaine de traités au total) ne sont pas entrés en vigueur, c'est-à-dire qu'ils ont été signés, mais pas ratifiés, et n'ont donc pas de valeur juridique. Par ailleurs, certains TBI ont été dénoncés, tandis que d'autres ont été renégociés.

Au niveau mondial, l'Égypte se classe cinquième parmi les pays qui ont signé le plus de TBI, après l'Allemagne (129 traités), la Chine (125), la Suisse (112) et la Turquie (109), et à égalité avec le Royaume-Uni (100). Si l'Égypte n'a pas signé de TBI depuis 2014, le Maroc continue d'être actif, et a signé en janvier 2020, avec le Japon, son soixante-douzième TBI.

Le nombre des TBI conclus par les économies MENA a fortement augmenté dans les années 90, beaucoup moins par la suite. Ce ralentissement des signatures et, depuis peu, le recul du nombre de traités d'investissement en vigueur, constituent un phénomène global qui résulte de la politique de nombreux États. Pour les autres pays comme pour les économies MENA étudiées, il s'agit peut-être d'une conséquence de leur expérience du RDIE et du grand nombre d'affaires vécues en tant que partie défenderesse. Pour l'essentiel, les TBI signés par ces huit États l'ont été avec les pays de l'OCDE et le reste du monde, plus, en proportion, qu'avec les autres pays de la région MENA. La signature des Accords d'Abraham en septembre 2020 pourrait ouvrir la voie à des négociations de TBI entre le monde arabe et Israël, qui aurait déjà convenu avec les Émirats arabes unis de signer un accord bilatéral sur les investissements – le tout premier traité de ce type entre Israël et un pays arabe .

**Graphique 5.1. Nombre total de TBI conclus par les huit économies, y compris avec d'autres pays MENA (juillet 2020)**



Source : site Web « Investment Policy Hub » de la CNUCED / Programme MENA-OCDE pour la compétitivité, 2020.

Les huit économies MENA étudiées ont également conclu des **accords économiques bilatéraux**, qui contiennent certaines dispositions concernant l'investissement – généralement axées sur la promotion des investissements et (ou) le commerce des services –, mais pas l'ensemble des dispositions de protection des investissements que l'on trouve généralement dans les TBI.

- Six des huit économies (c'est-à-dire, hors Libye et Autorité palestinienne) ont conclu des **accords d'association avec l'Union européenne**, qui ne contiennent pas de dispositions spécifiques sur l'investissement. À la suite des événements de 2011 dans la région, et dans l'optique de soutenir les transitions démocratique et économique qu'ils ont engendrées, la Commission européenne a obtenu un mandat pour négocier des accords de libre-échange approfondi et complet (ALEAC) avec le Maroc et la Tunisie. Ces accords, destinés à promouvoir progressivement une intégration économique plus poussée entre ces deux pays et l'UE, devraient couvrir un éventail complet de domaines réglementaires d'intérêt mutuel et, pour la première fois dans les accords de l'UE, l'accès au marché des investissements. Cependant, les négociations sont au point mort depuis quelques années ; seuls quelques cycles ont été menés, mais ils n'ont abouti à aucun résultat concret. Outre les obstacles politiques et techniques, on constate une résistance générale de la société civile et du patronat, ainsi qu'un manque de soutien politique.
- Plusieurs **accords de libre-échange** (ALE) ont été signés par des États de la région MENA, mais seul l'ALE entre le Maroc et les États-Unis contient un chapitre consacré à l'investissement intégrant des dispositions substantielles relatives à la protection des investissements. L'Égypte, la Jordanie, le Liban, le Maroc et la Tunisie ont conclu des ALE avec l'Association européenne de libre-échange (AELE : Suisse, Norvège, Islande et Liechtenstein). L'Égypte, le Maroc et la Tunisie ont chacun signé des ALE avec la Turquie ; l'ALE entre la Jordanie et la Turquie a été suspendu. La Jordanie a également conclu des ALE avec Singapour et les États-Unis.
- Quatre pays (Algérie, Égypte, Liban et Libye) ont signé des **accords-cadres sur le commerce et l'investissement** (TIFA) avec les États-Unis, avec lesquels ils n'ont pas d'ALE ; ces accords-cadres ne sont pas entrés en vigueur et ils visent uniquement à promouvoir les investissements.

- Plusieurs pays ont conclu avec le Royaume-Uni, en conséquence du Brexit et de l'accord de retrait négocié avec l'UE, des « accords de continuité » visant à maintenir des échanges commerciaux bilatéraux après le 31 décembre 2020 – qui ne contiennent toutefois pas de dispositions pour la protection des investissements. Ces accords ont été ratifiés par les pays concernés (Autorité palestinienne, Égypte, Jordanie, Maroc et Tunisie) au cours de l'année 2020 et sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021 ; les négociations sont en cours pour l'accord avec l'Algérie (UNCTAD, 2020<sup>[3]</sup>).

### **Accords régionaux sur l'investissement**

Les huit économies MENA de l'étude sont également liées par des accords régionaux sur l'investissement.

Un de ces accords régionaux est la **Convention unifiée pour l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes**, adoptée en novembre 1980 par les membres de la Ligue des États arabes (ci-après la « **Convention arabe unifiée** ») et entrée en vigueur en 1981. Une modification de la Convention a été adoptée en 2013, mais elle n'a été ratifiée que par un petit nombre de pays.

L'Accord sur la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les États membres de l'Organisation de la Conférence islamique (OCI, désormais "Organisation de la coopération islamique"), conclu en 1981 (l'« **Accord de l'OCI sur l'investissement** »), est entré en vigueur en 1988 ; à ce jour il a été ratifié par 29 des 36 États signataires.

Ces deux textes présentent des caractéristiques semblables à celles de nombreux traités d'investissement plus anciens. Ils comprennent plusieurs dispositions de protection des investissements telles que l'interdiction de l'expropriation directe ou indirecte (hormis dans des cas prévus par la loi), la protection et la sécurité, et le traitement de la nation la plus favorisée (NPF), qui veut que chacun des États contractants traite les investisseurs ressortissants de l'autre État contractant non moins favorablement que les investisseurs d'autres pays en vertu de traités similaires. Toutefois, contrairement à de nombreux traités d'investissement, ces accords ne contiennent pas de dispositions sur le traitement juste et équitable ou de dispositions stipulant que les investisseurs étrangers ne doivent pas recevoir un traitement moins favorable que les investisseurs nationaux. Ils contiennent des dispositions relatives au règlement des différends entre investisseurs et État qui, jusqu'à une date relativement récente, étaient rarement invoquées. Lorsqu'elles sont interprétées par un tribunal arbitral, certaines dispositions de ces accords peuvent se révéler problématiques. Quoiqu'il en soit, la réforme de ces deux textes fait actuellement l'objet de discussions entre leurs États parties respectifs. Les tentatives de réforme de la Convention arabe unifiée peinent à réunir un consensus, nombre des signataires n'ayant pas ratifié la convention modifiée de 2013. Un projet de protocole relatif à la création d'un mécanisme permanent de l'OCI pour le règlement des différends liés aux investissements est actuellement examiné (voir ci-dessous).

**D'autres initiatives d'intégration économique régionale**, qui concernent seulement quelques-unes des économies MENA examinées, traitent de certaines questions touchant aux investissements, mais ne contiennent pas de protections substantielles des investissements ou de RDIE. La Libye et l'Égypte sont membres du Marché commun de l'Afrique orientale et australe et ont intégré la zone d'investissement commune du COMESA en 2007. L'Agence régionale d'investissement du COMESA est hébergée par l'Autorité générale pour l'investissement et les zones franches (GAFI) de l'Égypte. L'Algérie, la Libye, le Maroc et la Tunisie ont signé l'Accord sur l'investissement de l'Union du Maghreb arabe en 1990, qui n'est pas entré en vigueur – principalement pour des raisons politiques.

La Jordanie, avec le Yémen, sont les seuls pays de toute la région MENA à avoir ratifié le **traité sur la Charte de l'énergie (TCE)**. Le TCE est un accord multilatéral et sectoriel qui établit un cadre pour le commerce et l'investissement en vertu duquel les 53 États signataires offrent certaines garanties aux investisseurs dans le domaine de l'énergie. Les parties contractantes discutent actuellement de différentes options de réforme pour la modernisation du TCE. Ces discussions revêtent notamment de l'importance pour la Jordanie et le Yémen.

Une autre initiative ambitieuse est la **Zone de libre-échange continentale africaine** (ZLECAf), dont l'accord fondateur porte principalement sur des questions commerciales, mais devrait à terme se voir adjoindre un protocole sur l'investissement. L'Algérie, l'Égypte, la Libye, le Maroc et la Tunisie ont signé l'accord portant création de la ZLECAf, mais seuls le Maroc et l'Égypte l'ont ratifié. L'accord, qui est entré en vigueur en mai 2019, pourrait être l'occasion pour la région MENA de développer sensiblement les échanges commerciaux et les investissements avec le reste de l'Afrique. La crise du COVID-19 risque toutefois de retarder sa mise en œuvre (FAO, 2020<sup>[4]</sup>). L'ouverture du marché pour le commerce des biens et des services, initialement prévue pour juillet 2020, a été reportée (Signé et van der Ven, 2020<sup>[5]</sup>). Les négociations sur les protocoles relatifs aux investissements, à la concurrence et aux droits de propriété intellectuelle, qui devaient initialement s'achever en décembre 2020, pourraient également subir des retards. Le protocole sur l'investissement vise à promouvoir, protéger et faciliter les investissements durables et, à terme, à permettre la création de chaînes de valeur régionales qui stimuleront les investissements intra-africains.

### ***Autres accords internationaux ayant trait à l'investissement***

Les États de la région MENA ciblés sont parties à des accords internationaux contenant un volet sur l'investissement qui traite, par exemple, du règlement des différends relatifs aux investissements, de l'assurance des investissements et du commerce.

Tous à l'exception de la Libye sont parties à la convention de Washington instituant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) – la « **Convention de Washington** », dont le Maroc et la Tunisie ont été parmi les premiers signataires en 1965. Le CIRDI fournit un appui institutionnel en vue de la conciliation et de l'arbitrage de différends internationaux relatifs à l'investissement et a administré la majorité des affaires connues relatives à des investissements internationaux. Les économies de la région MENA, à l'exception de la Libye, ont également ratifié la Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (« **Convention de New York** »), qui est l'un des instruments clés de l'arbitrage international.<sup>2</sup>

Les économies de la région MENA sont membres de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (la **MIGA**), qui a pour mission de promouvoir les apports d'investissement direct étranger en fournissant des garanties (assurance contre les risques politiques et rehaussement de crédit) aux investisseurs et aux créanciers.

L'Égypte, la Jordanie, le Maroc et la Tunisie sont membres de l'Organisation mondiale du commerce (**OMC**) et, à ce titre, doivent respecter certaines obligations relatives aux investissements. L'Algérie, le Liban et la Libye ont le statut d'observateur auprès de l'OMC<sup>3</sup>. L'Accord sur l'OMC et les Accords de l'OMC comprennent des dispositions relatives aux investissements. L'Accord général sur le commerce des services (AGCS), qui s'applique à tous les services entrant dans le commerce international, définit, parmi les façons d'échanger des services, l'installation d'une entreprise étrangère en vue de la fourniture de services dans un autre pays. L'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (accord sur les ADPIC) étend aux services fournis par des entreprises étrangères la protection des brevets, du droit d'auteur et des marques. L'accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) vise à faciliter les investissements étrangers en prohibant certaines mesures liées au commerce qui concernent les investissements, telles que les exigences de contenu local. L'OMC a, par ailleurs, lancé des discussions structurées dans le but d'élaborer un cadre multilatéral pour la facilitation de l'investissement.

Il convient de noter que quatre pays de la région MENA ont adhéré à la Déclaration de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales ; il s'agit de l'Égypte (2007), du Maroc (2009), de la Tunisie (2012) et de la Jordanie (2013) (voir les chapitres 4 et 10 pour plus d'informations sur la Déclaration).

## ***Vers une nouvelle génération de traités d'investissement***

La majorité des traités d'investissement conclus par les économies MENA étudiées présentent les caractéristiques des accords de première génération conclus en nombre dans les années 1990 et au début des années 2000 – dispositions de fond relativement vagues, manque de clarté autorisant une interprétation au sens large par les tribunaux arbitraux, orientations limitées pour les procédures d'arbitrage. De nombreux pays, y compris ceux étudiés ici (en particulier le Maroc), ont entrepris de réformer leur politique et leur pratique en matière de traités d'investissement. Outre plus de précision dans la définition et la portée des normes et obligations de protection, les TBI de nouvelle génération reflètent un contrôle plus attentif des États sur l'équilibre entre la protection des investisseurs et le droit souverain de réglementer.

Dans ce contexte, les économies MENA étudiées sont encouragées à évaluer, individuellement et collectivement, et le cas échéant, à mettre à jour leur modèle de TBI et les traités d'investissement existants afin de les aligner sur les priorités actuelles. Les responsables de la politique devraient évaluer les coûts et les avantages des principales dispositions des anciens traités d'investissement telles qu'elles sont conçues et leur incidence possible sur les investisseurs étrangers et nationaux, en regard des intérêts légitimes de l'État en matière de réglementation et de son exposition potentielle aux actions en dommages-intérêts au titre du RDIE. Cette analyse peut être particulièrement judicieuse dans le contexte de la crise du COVID-19 (voir ci-dessous), et fournir l'occasion d'aborder la question des responsabilités des investisseurs (voir le chapitre 10 pour plus d'informations sur le comportement responsable des entreprises). Selon le contexte et la formulation du traité, il peut être possible d'explicitier le sens des anciens traités par des interprétations communes convenues entre les contractants. Dans d'autres cas, il peut être nécessaire de recourir à une modification du traité. La solution peut aussi consister à remplacer d'un commun accord les anciens traités dans le cadre de la négociation de nouveaux traités avec les mêmes parties (Encadré 5.1).

### **Encadré 5.1. Évolution récente des politiques relatives aux traités d'investissement et du RDIE**

De nombreux États ont révisé et sensiblement modifié leur politique relative aux traités d'investissement au cours des dernières années.

- Le rejet par l'Union européenne du principe de l'arbitrage entre investisseurs et États a transformé la politique de l'UE sur les investissements, qui continue d'évoluer dans un cadre fait d'une remise en cause croissante par la société civile et les milieux universitaires et de contraintes elles aussi croissantes imposées par le droit européen. Les États membres de l'UE sont convenus en mai 2020 d'un accord portant extinction de tous les traités bilatéraux d'investissement conclus entre États membres de l'Union européenne (plus de 150 TBI au total) ; cet accord est entré en vigueur pour certains États membres en août 2020.
- Des partisans de longue date des traités d'investissement comme les États-Unis ont récemment exprimé des préoccupations sérieuses concernant la protection des investisseurs prévue dans les traités et ont soit supprimé les dispositions de fond relatives au RDIE, soit fortement réduit leur portée, notamment dans l'accord Canada–États-Unis–Mexique (ACEUM) entré en vigueur en juillet 2020.
- La politique de la Chine en matière de traités d'investissement continue d'évoluer, avec, d'un côté la nécessité de renforcer la protection des investisseurs alors que les investissements à l'étranger vont croissant, et de l'autre, les craintes concernant la réputation des entreprises chinoises à l'étranger et l'exposition éventuelle à des litiges – qui reste, à ce jour, mineure.
- L'Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP) illustre l'extension d'un modèle de traité d'investissement modernisée, inspiré de l'Accord de libre-échange nord-



américain (ALENA), à un plus large éventail de parties – en l’occurrence, onze pays, dont plusieurs économies avancées. Depuis septembre 2020, le PTPGP est en vigueur entre l’Australie, le Canada, le Japon, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, Singapour et le Viet Nam.

- Des pays du G20 grands importateurs de capitaux comme l’Inde, l’Indonésie et l’Afrique du Sud, ainsi que d’autres pays comme la Bolivie, l’Équateur, la Namibie, la Tanzanie et le Venezuela, excluent certaines dispositions protectrices des traités sur l’investissement ou dénoncent unilatéralement des accords existants. La Bolivie, l’Équateur et le Venezuela sont allés plus loin, en se retirant de la Convention de Washington, élément central du cadre institutionnel de nombreuses affaires de RDIE. Le Brésil a élaboré un nouveau modèle de traité d’investissement axé sur la facilitation des investissements et le règlement des litiges entre États sans recours au RDIE.
- La réforme multilatérale du RDIE a commencé. À l’issue d’une consultation de ses États membres et des contributions reçues des gouvernements, la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI), par la voie de son organe directeur, a confié en juillet 2017 à son Groupe de travail III un large mandat pour élaborer des solutions de réforme du RDIE. Les 60 États membres de la CNUDCI ainsi que les nombreux États non membres disposant du statut d’observateur ont adopté par consensus le principe d’une réforme plurielle pour répondre aux préoccupations suscitées par onze aspects du RDIE.
- Les parties au traité sur la Charte de l’énergie (TCE), accord multilatéral entre une cinquantaine d’États qui établit un cadre pour le commerce et l’investissement dans le domaine de l’énergie, discutent actuellement de différentes options de réforme visant à « moderniser » le TCE. Ces négociations sont potentiellement très importantes, car le TCE est le traité d’investissement le plus fréquemment invoqué dans les affaires de RDIE : les investisseurs ont engagé plus de 130 affaires connues de RDIE sur le fondement du TCE depuis la première demande de ce type en 2001. Les négociations officielles dans le cadre du processus de modernisation du TCE ont débuté en novembre 2019. Une liste approuvée de sujets de discussion comprend toutes les dispositions substantielles sur la protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et États. Le Secrétariat de la Charte de l’énergie a publié en octobre 2019 la liste de points à moderniser sur lesquels les parties contractantes au TCE se sont mises d’accord ; de son côté, l’UE a publié un ensemble détaillé de propositions en mai 2020.

## Affaires de RDIE engagées dans la région au cours des dix dernières années

Les accords bilatéraux et régionaux d’investissement contiennent généralement des dispositions relatives au RDIE qui permettent à un investisseur étranger protégé d’intenter une action contre un pays d’accueil et de réclamer des dommages-intérêts en cas de violation des dispositions de l’accord, en plus ou à la place des recours prévus par le droit interne.

La majorité des traités d’investissement signés par les économies MENA examinées prévoient des mécanismes de RDIE. Ces mécanismes sont confiés à des tribunaux d’arbitrage sélectionnés au cas par cas pour trancher les litiges, une approche dérivée de celle de l’arbitrage commercial international. À l’instar de nombre de traités de première génération, la plupart des traités signés par ces huit États de la région MENA disposent en matière de RDIE en laissant un pouvoir décisionnel important aux arbitres, ou aux demandeurs et à leurs avocats. Par exemple, ils ne comportent généralement pas d’indications précises sur le champ d’application et les délais utiles (la « période de réflexion », pendant laquelle un règlement à l’amiable est censé être recherché) pour les actions que pourraient intenter les investisseurs protégés ; ils ne sont pas toujours cohérents sur les autres possibilités de règlement des litiges, le recours aux juridictions locales et l’arbitrage international ; ils ne mentionnent pas toujours le droit applicable dans

les affaires de RDIE ; ils donnent aux demandeurs et à leurs avocats un pouvoir substantiel sur des points essentiels de procédure, notamment l'octroi aux parties du droit de nommer des arbitres ; enfin, ils n'abordent pas la question de la transparence du processus.

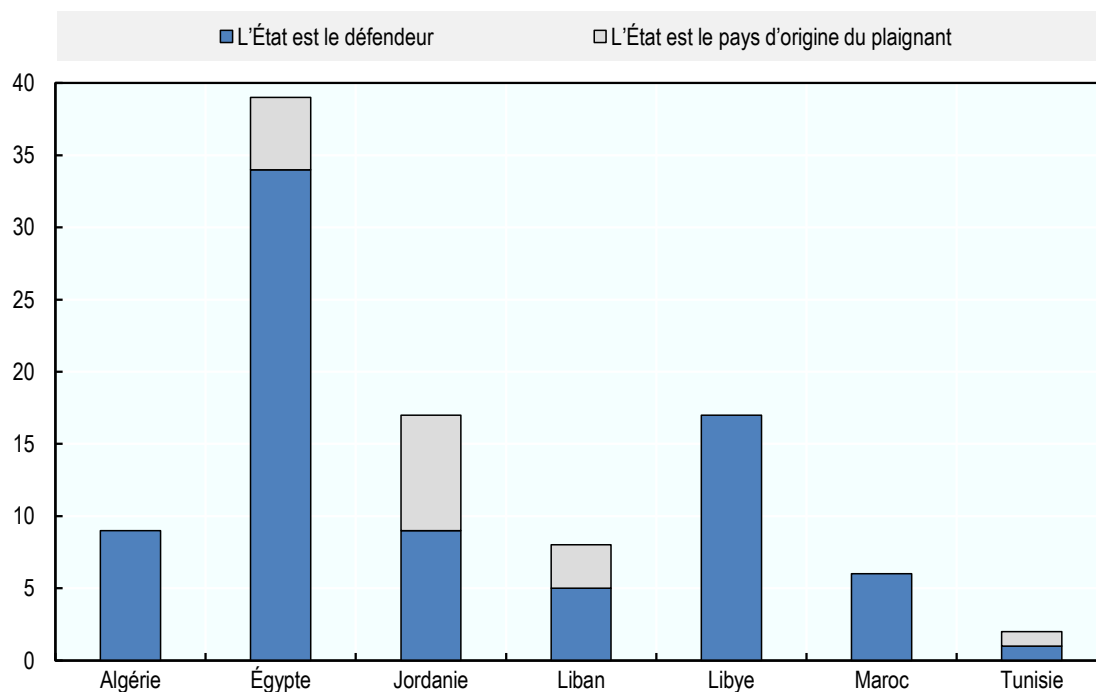
Les principales normes évoquées dans les requêtes sur le fondement d'un traité sont celles qui concernent la non-discrimination, le traitement juste et équitable (TJE) et l'expropriation indirecte – motifs juridiques les plus utilisés – ; immédiatement derrière viennent celles qui portent sur la protection et la sécurité intégrales des investisseurs et de leur investissement et sur le traitement national. Toutefois, ces normes font l'objet d'approches diverses dans les traités et, de même, sont diversement interprétées par les tribunaux arbitraux. Les dispositions imprécises et incohérentes telles qu'en contiennent de nombreux traités d'investissement ont une incidence sur les responsabilités juridiques et la défense des États dans les affaires fondées sur un traité.

Alors que les réformes de fond des AII et des mécanismes de RDIE font l'objet de discussions dans les enceintes internationales, certains États commencent à réviser les mécanismes de RDIE, tandis que d'autres proposent de s'en passer et de les remplacer par d'autres procédés.

### **Analyse de l'activité de RDIE**

La multiplication des accords internationaux d'investissement s'est accompagnée d'une augmentation concomitante des affaires de RDIE sur le fondement d'un traité, faisant naître un certain nombre d'inquiétudes. Les économies de la région MENA, étant signataires de nombreux AII, ont été parties dans beaucoup d'affaires, notamment au cours de la dernière décennie (Graphique 5.2). Avec 37 affaires, l'Égypte est au cinquième rang mondial des États les plus souvent mis en cause dans les procédures connues de RDIE. Les affaires connues de RDIE sur le fondement d'un traité impliquant l'un des huit pays MENA étudiés étaient au nombre de 84 au 1<sup>er</sup> janvier 2020, soit 8.2 % du total mondial (1 023 affaires)<sup>4</sup>. La majorité (60 affaires) ont été engagées au cours de la dernière décennie.

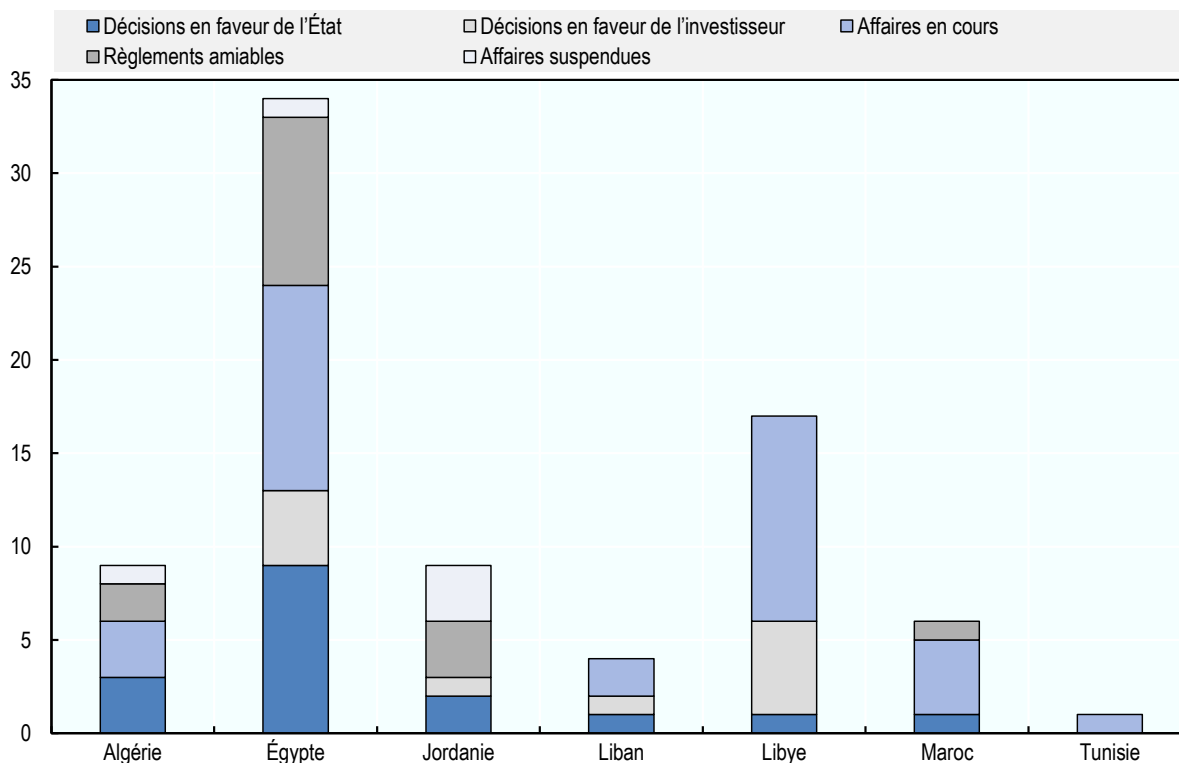
**Graphique 5.2. Nombre de litiges connus impliquant un pays MENA**



Source : site Web « Investment Policy Hub » de la CNUCED (2020)

Pour ce qui est des **résultats des procédures**, la région suit les tendances mondiales, à savoir qu'une majorité d'affaires se concluent en faveur de l'État : 37 % de tous les différends traités ont été tranchés en faveur de l'État, 29 % ont été tranchés en faveur de l'investisseur et assortis d'une indemnisation, et 21 % se sont soldés par un accord amiable (avant la saisie des arbitres) (Graphique 5.3)<sup>5</sup>. Parmi les actions récentes engagées par des investisseurs contre des États de la région MENA, certaines ont été rejetées pour des raisons de compétence (p. ex., *National Gas c/ République arabe d'Égypte*<sup>6</sup>), ou ont abouti à des décisions en responsabilité en faveur de l'État (p. ex., *Veolia Propreté c/ République arabe d'Égypte*<sup>7</sup>).

**Graphique 5.3. Statut des affaires connues impliquant un des huit pays MENA étudiés**

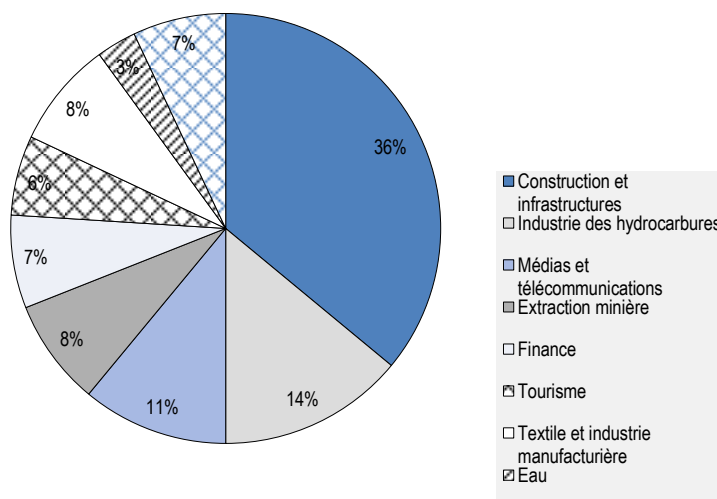


Source : site Web « Investment Policy Hub » de la CNUCED (2020)

Pour ce qui est du **choix du for**, les instances saisies sont diverses, notamment pour les affaires fondées sur l'Accord de l'OCI sur l'investissement et celles fondées sur la Convention arabe unifiée. Depuis la première procédure engagée sur le fondement de l'Accord de l'OCI sur l'investissement en 2011 par M. Al Warraq, un investisseur saoudien, à l'encontre la République d'Indonésie, une dizaine d'autres procédures d'arbitrage ont été intentées sur le fondement de cet accord (Hamida, 2013<sup>[6]</sup>).<sup>8 9</sup> Aux termes de la Convention arabe unifiée, la Cour arabe de l'investissement est compétente pour régler les litiges en matière d'investissement – même si elle n'a plus instruit d'affaire depuis près de vingt ans. Depuis la première affaire (*Tanmiah c/ République tunisienne*, décision rendue en 2004), la Cour arabe de l'investissement ou un tribunal nommé en vertu de la Convention arabe unifiée a statué sur six affaires au moins (Hamida, 2006<sup>[7]</sup>) (Blanke, 2018<sup>[8]</sup>). Il convient de noter qu'il y a peu de données publiques disponibles sur ces affaires et les juridictions qui ont eu à en connaître.

Pour la **répartition des affaires par secteur économique** de l'investissement en cause, on constate, sans surprise, que la moitié des affaires connues dans la région MENA se concentrent dans deux grands secteurs : construction et infrastructures, et industrie des hydrocarbures (Graphique 5.4).

Graphique 5.4. Affaires de RDIE dans les pays MENA étudiés, par secteur d'activité



Source : site Web « Investment Policy Hub » de la CNUCED (2020)

### **Dans la région MENA aussi, la méfiance vis-à-vis du RDIE nourrit les réformes**

Un certain nombre de constats et d'interrogations alimentent la méfiance vis-à-vis du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États :

- le recours croissant à l'arbitrage entre investisseurs et États (plus de 1 000 affaires connues, malgré un ralentissement depuis 2015) et l'attention grandissante que porte le public à ces affaires et aux effets des traités d'investissement (Gaukrodger et Gordon, 2012<sup>[9]</sup>);
- le risque qui en découle pour la réputation d'un pays en tant que destination de l'investissement, et la difficulté, pour les États, de protéger les investissements tout en préservant leur droit légitime à réglementer dans l'intérêt général (Gaukrodger, 2017<sup>[10]</sup>);
- le coût financier engendré par certaines sentences arbitrales (p. ex., le montant accordé dans l'affaire *Unión Fenosa Gas c/ République arabe d'Égypte*, soit plus de 2 milliards USD en faveur de l'investisseur, ou dans l'affaire *Olin c/ État de Libye*, 18 millions USD). Voir les encadrés 5.3 et 5.4 ci-dessous pour plus d'informations ;
- le coût élevé de la conduite des procédures, notamment les frais de conseil juridique et de tribunal (évalués en moyenne à 10 millions USD par affaire en 2014) (Pohl, 2018<sup>[11]</sup>);
- la légitimité, la cohérence et la transparence du système (par exemple, l'impartialité des arbitres, la présence ou l'absence de mécanismes d'appel, le financement par des tiers, la confidentialité des litiges et des procédures, l'accès aux documents, les audiences publiques, les demandes reconventionnelles, l'exécution et la mise en œuvre des sentences arbitrales) ;
- la complexité technique croissante du RDIE et la capacité des pays en développement à préparer leur défense et à gérer les différends relatifs aux investissements ;
- les interactions entre les traités bilatéraux, les lois internes et les contrats d'investissement (Encadré 5.2).

### Encadré 5.2. Interactions entre traités d'investissement, droit interne et contrats d'investissement

Une complexité supplémentaire des mécanismes de RDIE dans les traités d'investissement est l'existence de dispositions sur le règlement des différends dans deux autres types d'instruments : les lois nationales sur l'investissement et les contrats d'investissement entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil. Dans la plupart des économies MENA examinées, le droit interne fait référence aux accords internationaux sur l'investissement. Pour déterminer la portée des réformes à envisager, il convient de prendre dûment en considération l'interaction de ces traités avec le droit interne. Les législateurs doivent chercher à assurer l'homogénéité de ces mécanismes, en évitant les incohérences.

Voici un bref récapitulatif des dispositions relatives au règlement des différends dans le droit interne des économies MENA étudiées (objet du chapitre 3).

- En **Algérie** et en **Libye**, la loi prévoit que le règlement des différends relève de la juridiction des tribunaux nationaux compétents, à l'exception des questions régies par des conventions multilatérales (ou par les obligations au titre d'accords spécifiques dans le cas de l'Algérie). La réforme de la loi algérienne en juin 2020 ne porte pas sur le RDIE, mais sur l'abrogation de la « règle 51/49 % » pour les secteurs non stratégiques.
- Au **Liban**, la loi sur les investissements ne mentionne que les cas de litiges entre l'Agence pour le développement des investissements (IDAL) et un investisseur à propos du « contrat global d'incitations », et les procédures d'accord amiable et d'arbitrage y associées.
- La loi-cadre de 1995 portant charte de l'investissement au **Maroc** n'évoque le règlement des différends que dans le contexte des possibilités offertes par le régime contractuel des grands projets d'investissement. Des dispositions plus étendues et plus détaillées figureront peut-être dans la nouvelle charte qui devrait bientôt remplacer le texte de 1995 (dont la période d'application était initialement fixée à dix ans, et dont la révision est en cours depuis quelques années).
- En **Tunisie**, la loi sur l'investissement stipule que les parties peuvent recourir à des procédures de conciliation ou à une institution d'arbitrage prévue par une convention telle que, au premier chef, le TBI conclu entre la Tunisie et l'État dont l'investisseur est ressortissant.
- En **Jordanie**, la loi de 2014 sur l'investissement prévoit la possibilité de recourir à l'arbitrage pour régler les éventuels litiges commerciaux pour les investisseurs nationaux et étrangers, et, pour les seconds, la possibilité de porter les différends relatifs aux investissements devant une instance d'arbitrage internationale par accord mutuel avec l'État.
- Depuis les révisions successives (2015 et 2017) de sa loi sur les investissements de 1997, l'**Égypte** offre une réglementation détaillée en matière de RDIE. En réponse à l'exposition croissante du pays aux actions d'investisseurs étrangers, un nouveau titre consacré à ce sujet a été ajouté à la Loi ; il encourage le règlement à l'amiable des litiges entre les investisseurs privés et les institutions publiques en prévoyant le « règlement alternatif des différends », ainsi qu'un examen administratif mené par trois comités spécialisés. Toutefois, « malgré la création de nouveaux organes de règlement des différends, le cadre institutionnel pour la résolution des différends investisseur-État reste excessivement complexe et pourrait de ce fait ne pas remplir sa fonction de la manière la plus efficace » (OCDE, 2020<sup>[11]</sup>).

Les investisseurs peuvent aussi parfois recourir à l'arbitrage fondé sur un contrat d'investissement, plutôt que sur une loi ou sur une convention bilatérale sur l'investissement. Les contrats d'investissement ne sont généralement pas réglementés par la loi sur l'investissement dans les pays de la région MENA, sauf, au Liban, en Jordanie et au Maroc dans le cadre de l'octroi d'incitations. Ces contrats peuvent être particulièrement problématiques, car ils ne sont généralement pas dans le

domaine public ; on ne connaît pas leur contenu, qui peut être incompatible avec les traités bilatéraux d'investissement. En outre, ils sont souvent négociés sous la pression de gros enjeux associés à un projet d'investissement particulièrement volumineux ou hautement stratégique pour le pays d'accueil.

Dans les économies MENA étudiées, les imbrications entre les accords internationaux, le droit interne et les contrats relatifs aux investissements étrangers doivent faire l'objet d'une grande attention de la part des pouvoirs publics et être traités de manière cohérente et interinstitutionnelle. Les clauses-parapluie contenues dans nombre de traités et la pratique de chalandage des traités, par laquelle des investisseurs recherchent le bénéfice du traité le plus favorable créent des risques pour les États, qui doivent gérer correctement les différends relatifs aux investissements et défendre leurs droits dans le cadre d'un arbitrage.

La communauté internationale et les organisations multilatérales (CNUDCI, CIRDI, OCDE, CNUCED, UE) en particulier ont engagé des discussions sur la réforme du mécanisme du RDIE puis sur celle du système des All. L'objectif est d'accroître la transparence, de renforcer l'économie judiciaire, de promouvoir des résultats robustes et cohérents, et de créer une prévisibilité pour les États concernés (encadré 5.1).

Au sein de la région MENA, certains pays ont commencé à réformer le système de RDIE. Deux exemples illustrent ce mouvement.

Le Maroc s'est attaché à réviser son approche des traités bilatéraux d'investissement ; publié en décembre 2019, son nouveau modèle de TBI contient certains éléments de réforme qui font écho aux obligations contenues dans d'autres All<sup>10</sup>. Concernant le règlement des différends entre investisseurs et État, le modèle : 1) limite la gamme de différends pouvant être renvoyés au RDIE et délimite la portée de celui-ci, 2) établit un délai de prescription de trois ans pour l'accès au RDIE, 3) autorise l'État d'accueil à présenter une demande reconventionnelle si l'investisseur n'a pas respecté ses obligations (notamment celles relatives à l'interdiction de la corruption) et 4) exige l'épuisement des voies de recours internes avant la saisine de l'organe d'arbitrage. Le TBI Maroc-Nigeria, signé en 2016, introduit des dispositions visant la prévention des différends (voir ci-dessous) ; le TBI Maroc-Brésil, signé en 2019, en revanche, ne contient pas de dispositions prévoyant un mécanisme de RDIE, conformément à la volonté politique du Brésil. D'autres pays assez nombreux, dont l'Égypte, commencent aussi à exclure le RDIE ou à en limiter considérablement la portée.

Fin 2019, l'OCI disposait d'un projet de protocole relatif à la création d'un mécanisme permanent pour le règlement des différends liés aux investissements, qu'elle devait soumettre à ses membres. L'article 17 de l'Accord de l'OCI sur l'investissement de 1981 envisageait la création d'un organe permanent pour le règlement des différends découlant dudit accord et prévoyait, en attendant la création d'un tel organe, que les litiges pouvant survenir entre un investisseur et un État soient tranchés par voie d'arbitrage *ad hoc*. Comme indiqué ci-dessus, plusieurs investisseurs se sont effectivement prévalus de cet article pour soumettre une demande d'arbitrage. Or, dans certains cas, l'État défendeur a refusé de nommer des arbitres et le secrétaire général de l'OCI s'est abstenu de procéder à la formation du tribunal arbitral « parce qu'aucun délai n'avait été fixé pour la nomination des arbitres et que des États membres auraient exercé des pressions en affirmant n'avoir jamais consenti à l'arbitrage sur le fondement du traité »<sup>11</sup>. La création de cet organe permanent, qui fait écho à certaines évolutions dans d'autres régions comme l'UE, facilitera les procédures (encadré 5.1). Les États membres examinent également une proposition visant à rattacher le mécanisme à la Banque islamique de développement, à l'instar de ce qui a été fait pour le CRDI avec la Banque mondiale. Le mécanisme envisagé restreindra l'accès à l'arbitrage de l'OCI en matière d'investissements, car il impose plusieurs étapes préliminaires – épuisement des voies de recours internes devant les tribunaux nationaux, déni de justice, accord amiable entre les deux États – avant que puisse être engagée la procédure entre l'investisseur et l'État. Une commission d'appel est également prévue. Ces conditions préalables sont susceptibles de limiter le nombre d'arbitrages en RDIE portés devant l'OCI. La raison d'être de la réforme est donc de limiter les demandes d'arbitrage et de permettre

à l'OCI de contrôler davantage le processus judiciaire, grâce à l'ajout d'une étape de négociation et d'un organe de règlement des différends comportant une instance d'appel.

La suite donnée à ce projet de protocole dans le cadre de l'OCI montrera l'étendue de la volonté de réforme des membres de l'Organisation et de leur ralliement au processus. Concernant les instruments de la Ligue des États arabes, la modification de la Convention arabe unifiée, en 2013, ainsi que les statuts de la Cour arabe de l'investissement, sont restés lettre morte, très peu de membres les ayant ratifiés.

### Encadré 5.3. Étude de cas : l'affaire *Al-Kharafi c/ État de Libye*

Cette étude de cas donne un exemple de litige, son contexte, les montants accordés et ses résultats à travers les procédures d'annulation.

En 2006, le ministère libyen du tourisme a conclu un bail de 90 ans avec un investisseur koweïtien aux fins de la construction et de l'exploitation d'un complexe touristique. En 2010, constatant que la construction n'avait toujours pas démarré, le ministère libyen de l'économie a annulé le projet et a résilié le bail. En 2011, l'investisseur a introduit une procédure d'arbitrage sur le fondement de la Convention arabe unifiée. Le tribunal arbitral a été constitué et le Caire a été choisi comme for de l'arbitrage. Le tribunal arbitral a rendu une sentence arbitrale définitive et a ordonné à la Libye de payer ce qui suit :

- 5 millions USD au titre des pertes et des dépenses ;
- 30 millions USD au titre du préjudice moral ;
- 900 millions USD au titre du manque à gagner pour les 83 années de la durée du bail restant à courir ;
- 1.94 million USD au titre des frais d'arbitrage ;
- 4 % d'intérêts sur tous les montants à compter de la date de la sentence et jusqu'au règlement complet.

À l'énoncé de la sentence arbitrale, la Libye a introduit un recours en annulation devant la Cour d'appel du Caire, mais a été déboutée par cette juridiction. L'arrêt de la Cour d'appel a ensuite été contesté devant la Cour de cassation, laquelle a statué que, si la Convention arabe unifiée interdit en effet de contester la décision d'une juridiction arbitrale devant les tribunaux nationaux, elle n'interdit pas aux parties d'exercer un recours en annulation. Après une deuxième cassation, la Cour de cassation a renvoyé l'affaire devant la Cour d'appel afin qu'il soit statué au fond.

Dans un nouvel arrêt rendu en juin 2020, la Cour a annulé la sentence arbitrale sur le motif d'une grave erreur de droit ayant entraîné un manquement aux règles d'ordre public ainsi qu'en se fondant sur les notions d'équité et de justice. En outre, et c'est important, la Cour a exprimé son désaccord avec la méthode de calcul des dommages-intérêts, et a qualifié d'« excessivement injuste » et « inique » l'indemnisation de 900 millions USD fixée par le tribunal arbitral au titre d'un « manque à gagner résultant d'une perte de chances réelle et certaine », alors que le demandeur n'avait en tout et pour tout investi que 5 millions USD.

La Cour a conclu que, quoique n'ayant qu'une capacité très limitée pour réviser une sentence arbitrale, elle pouvait le faire lorsque cette dernière est contraire aux grands principes d'ordre public international tels que la proportionnalité des dommages et intérêts, et lorsque les arbitres excèdent leurs pouvoirs par une décision « irrationnelle » prise au « mépris manifeste du droit ».

Source : <https://www.italaw.com/cases/2185> ; Kluwer Arbitration Blog, 19 juillet 2020, [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/07/19/egypt-court-annuls-award-against-libya-on-the-substantive-ground-of-fundamental-error-of-law/?doing\\_wp\\_cron=1595496916.5686450004577636718750](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/07/19/egypt-court-annuls-award-against-libya-on-the-substantive-ground-of-fundamental-error-of-law/?doing_wp_cron=1595496916.5686450004577636718750)



## Les crises peuvent être des périodes prospères pour le RDIE

Les mesures prises par les pouvoirs publics pendant les crises économiques et politiques, quand bien même elles sont d'utilité publique et non discriminatoires, peuvent favoriser une éclosion de différends opposant investisseurs et État. C'est en tout cas ce qui s'est produit après la vague de bouleversements sociaux et politiques survenus dans de nombreux pays MENA à partir de 2011. Dans la même veine, il est possible que les mesures adoptées durant la crise du COVID-19 aient un effet similaire sur la politique en matière de traités d'investissement. Si les conséquences à long terme de la crise du COVID-19 sur la politique relative aux traités d'investissement restent incertaines, le contexte pourrait inciter les États à reconsidérer le rapport dialectique entre la protection des investisseurs et le droit souverain de réglementer, y compris en temps de crise, le cadre national et international de l'investissement, afin de promouvoir la constance dans l'interprétation des dispositions clés et, en fin de compte, d'éviter de futurs litiges.

### ***Lien entre périodes de crise et évolution des demandes d'arbitrage dans la région MENA***

La région MENA a enregistré un nombre relativement important de litiges en matière d'investissement, ainsi qu'une augmentation de la fréquence des litiges au cours de la dernière décennie dans les pays touchés par des crises politiques et économiques. L'Égypte a été partie dans 37 affaires connues à l'encontre d'investisseurs étrangers, dont 24 survenues après les soulèvements de 2011 (six affaires en 2013) (encadré 5.4). Pour la Libye, la hausse a été substantielle, avec 17 affaires connues, dont 16 postérieures à 2011<sup>12</sup>. Il est à noter que nombre d'affaires sont confidentielles et ne sont pas rendues publiques et donc, pas enregistrées. Dans les autres pays, l'augmentation n'a pas été aussi forte. On remarque toutefois que, sur les neuf demandes d'arbitrage concernant l'Algérie, trois ont été déposées en 2017-2018 – une tendance qui pourrait s'accroître dans un contexte d'agitation sociale. Au Liban, l'effondrement du système financier et l'incapacité dans laquelle se trouvent les investisseurs de rapatrier ou de convertir les fonds pourraient faire le lit d'une hausse du nombre des demandes de RDIE dans les années à venir<sup>13</sup>.

#### **Encadré 5.4. Tour d'horizon des affaires de RDIE touchant l'Égypte**

Depuis 2011, l'Égypte a fait l'objet de 22 procédures d'arbitrage sur le fondement de la Convention de Washington, ce qui représente 65 % du total des affaires à son encontre depuis son adhésion à la Convention.

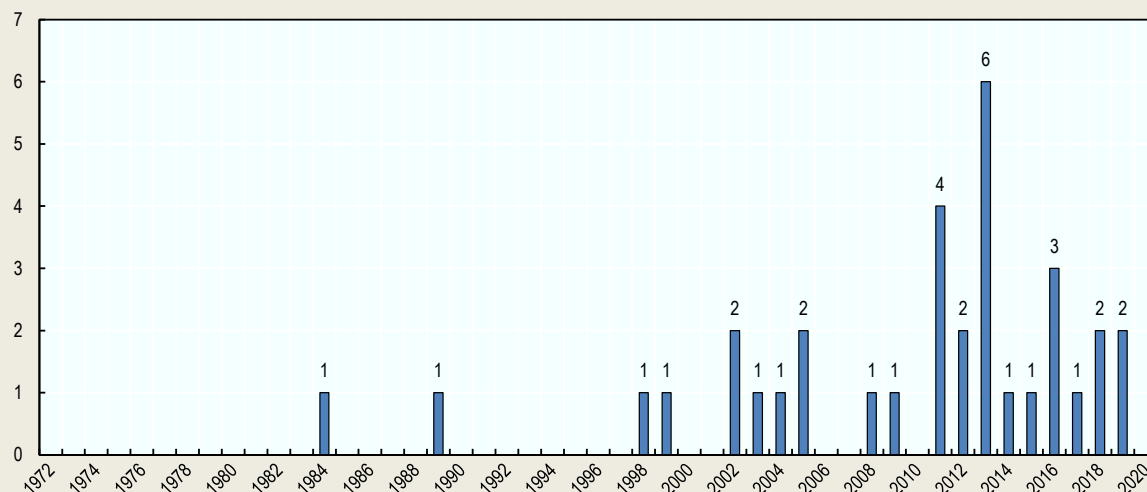
Dans sa précédente loi sur l'investissement, l'Égypte énonçait son consentement unilatéral à l'arbitrage du CIRDI. Le nombre de TBI se plaçant ainsi sous l'égide de la Convention de Washington (l'Égypte en a signé une centaine) peut également expliquer pourquoi le pays a été défendeur dans un tel nombre de procédures d'arbitrage.

Les TBI les plus fréquemment invoqués sont le traité Égypte-États-Unis d'Amérique (six affaires) et le traité Égypte-Royaume-Uni (cinq affaires). Les parties en présence incluaient dans la majorité des cas un État d'Europe occidentale (17 affaires), du Moyen-Orient (9 affaires) ou d'Amérique du Nord (7 affaires). L'Égypte a négocié et conclu la plupart de ces TBI sans en anticiper les implications futures. Les derniers TBI conclus stipulent que les différends doivent être d'abord soumis aux procédures administratives internes avant de passer à l'arbitrage. La plupart des actions étaient fondées sur le grief de l'expropriation directe ou indirecte (78 %), une clause commune aux TBI de l'Égypte. Dans les secteurs d'activité des investissements représentés venait, en tête, celui des hydrocarbures, suivi des industries extractives et du tourisme.

Le montant total des indemnités réclamées s'élève à quelque 22.760 milliards USD. La majorité des sentences rendues l'ont été en faveur de l'Égypte et certaines affaires se sont soldées par un accord amiable.



**Graphique 5.5. Nombre de cas CIRDI portés contre l'Égypte depuis 1972**



Source : OCDE et Kluwer Arbitration Blog, 15 mars 2020, [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/15/after-48-years-at-icsid-1972-2020-an-overview-of-the-status-of-egypt-in-icsid-arbitrations/?doing\\_wp\\_cron=1593525394.4075820446014404296875](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/15/after-48-years-at-icsid-1972-2020-an-overview-of-the-status-of-egypt-in-icsid-arbitrations/?doing_wp_cron=1593525394.4075820446014404296875)

L'instabilité politique et les troubles sociaux ont été invoqués dans des affaires d'arbitrage concernant plusieurs pays MENA depuis 2011 (encadré 5.5) – même si, d'une part, tous les détails ne sont pas connus et, d'autre part, un tiers de ces affaires sont toujours en cours. Quelques actions introduites sur l'argument des troubles politiques et des turbulences économiques en ayant résulté ont été jugées recevables et ont abouti à une sentence en faveur de l'investisseur, mais les États défendeurs ont aussi bénéficié de décisions favorables, fondées soit sur des motifs de compétence juridictionnelle, soit sur le rejet de l'indemnisation demandée. Si, parmi les demandes d'indemnisation pour le préjudice subi du fait des événements politiques de 2011, certaines étaient légitimes, d'autres en revanche sont apparues infondées ou résultant seulement d'une tactique pour amener la partie adverse à un accord amiable<sup>14</sup>.

Ce qui a découlé des printemps arabes ou de la crise argentine<sup>15</sup> tend à montrer que les crises économiques et politiques peuvent exposer les États à une flambée de demandes de RDIE fondées sur les TBI de première génération – même lorsque les mesures publiques qui constituent le grief étaient non discriminatoires et prises dans l'intérêt général. Dans certains cas, les investisseurs ont pu considérer le RDIE comme une occasion de se faire indemniser pour des pertes subies, que ce soit par le biais de l'arbitrage proprement dit, ou grâce au moyen de pression ainsi exercé sur l'État pour qu'il accepte un règlement à l'amiable, au lieu de s'engager dans une procédure longue et coûteuse.

#### **Encadré 5.5. Études de cas : l'instabilité politique et sociale du « printemps arabe » devant l'arbitrage international**

Dans les deux affaires étudiées ci-dessous, les défendeurs (en l'espèce, des États) avaient tiré argument de l'instabilité politique et des événements connexes pour introduire des revendications sur le fondement d'un traité.

L'affaire *Unión Fenosa Gas c/ République arabe d'Égypte* dont l'arbitrage s'est déroulé sous l'égide du CIRDI, concerne une requête en indemnisation introduite par un investisseur espagnol (usine de gaz naturel liquéfié à Damiette) s'estimant lésé par l'arrêt des approvisionnements en gaz que devait lui assurer une entreprise publique égyptienne aux termes d'un contrat d'achat de gaz. L'État égyptien

a fait valoir que sa décision de donner la priorité à l'alimentation en gaz des centrales électriques nationales au détriment des exportations convenues avec l'investisseur était un acte de nécessité visant à rétablir la sécurité, l'ordre public et la stabilité du pays, à maintenir des services de base et à préserver les intérêts nationaux essentiels d'un « péril grave et imminent ». Selon l'État, des émeutes et des affrontements d'une violence sans précédent « menaçaient [alors] le fonctionnement élémentaire de la société et le maintien de la stabilité intérieure ». Ces événements étaient à l'origine d'une « chute spectaculaire de la production de gaz naturel destinée au marché intérieur et à l'exportation », responsable des coupures de courant à répétition qui avaient provoqué un regain de violences et de troubles.

Néanmoins, dans sa sentence rendue en 2018, le tribunal a estimé qu'il manquait des éléments pour étayer l'argument de nécessité invoqué par l'Égypte pour sa défense. La révolution a commencé en 2011, mais l'Égypte n'invoquait la force majeure qu'à partir de 2013. En outre, le tribunal a estimé que les événements ne pouvaient pas être à l'origine de la diminution de l'approvisionnement en gaz de la centrale, laquelle diminution s'était produite sur une période commençant avant et se poursuivant après la révolution. Le tribunal a également estimé que l'acte de l'État n'était pas le « seul moyen » de maintenir la sécurité nationale et qu'il y avait disproportionnalité entre les réductions pratiquées sur les livraisons au plaignant et celles sur les livraisons aux autres clients. Le tribunal a donc jugé que l'Égypte n'avait pas prouvé la nécessité fondant sa défense de selon le droit international coutumier. Le tribunal a rendu une sentence en faveur de l'investisseur, lui accordant une indemnisation de plus de 2 milliards USD. L'État s'est pourvu en annulation, procédure qui est toujours en cours.

Dans l'affaire ***Olin Holdings Ltd. c/ État de Libye***, confiée à un tribunal de la Chambre de commerce internationale (CCI), un investisseur chypriote réclamait à l'État de Libye une indemnisation pour expropriation illicite du terrain sur lequel il avait construit une usine de produits laitiers et de jus fruits. La Libye a fait valoir que le préjudice que l'investisseur avait pu subir après février 2011 était le résultat des désordres nés de la révolution, et non d'actes imputables à l'État.

Les arguments de l'État libyen n'ont pas convaincu le tribunal, qui a estimé que, si les événements de la révolution et de la guerre civile avaient pu influencer sur le climat de l'investissement en Libye après 2011 et contribuer à la dégradation des résultats économiques de l'investisseur, ces événements ne sauraient suffire à expliquer les difficultés économiques de l'exploitation avant 2011. Le tribunal a retenu l'argument de la proportionnalité, ayant établi qu'un concurrent de l'investisseur avait, lui, connu une activité florissante au cours de la même période malgré les événements. Le tribunal a conclu que les événements de la crise libyenne ne pouvaient « être considérés comme un événement brisant le lien de causalité entre les violations du TBI par l'État de Libye et les difficultés d'exploitation d'Olin après 2011 ». La sentence rendue en 2018 fixait à 18.2 milliards USD (contre 105 millions USD initialement réclamés) le montant de l'indemnisation due à l'investisseur.

Source : *Unión Fenosa Gas c/ République arabe d'Égypte*, <https://www.italaw.com/cases/2456>, *Olin Holdings Ltd. c/ État de Libye*, <https://www.italaw.com/cases/6667>, Kluwer Arbitration Blog, 26 juillet 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/07/26/impact-of-the-arab-spring-on-the-international-arbitration-landscape/>

### ***Crise du COVID-19 et activité de RDIE : une causalité incertaine***

La crise du COVID-19 et ses retombées économiques créent un nouveau contexte aux implications incertaines pour la politique relative aux traités d'investissement. Les prophéties d'une nouvelle vague d'actions en RDIE naissant de cette crise n'ont pas été confirmées à ce jour, mais les conséquences de la crise à plus long terme restent incertaines.

La situation de pandémie mondiale a des implications importantes pour les investisseurs étrangers. L'arrêt des activités, la réorganisation des chaînes de production, le confinement des salariés, les nouvelles

restrictions à l'exportation et les fermetures de frontières sont autant de mesures qui ont bouleversé ou interrompu les activités des entreprises multinationales (OCDE, 2020 a et b). Depuis le début de la crise, certains investisseurs ont notifié aux États la possibilité de litiges résultant des mesures d'urgence décidées par les gouvernements<sup>16</sup>. Toutefois, aucune demande n'a encore été enregistrée, mais certaines actions restent confidentielles et toutes les périodes de réflexion prévues dans les traités d'investissement concernés ne sont peut-être pas écoulées, même si les investisseurs les ont enclenchées à la première occasion. Il faut tenir compte, également, des appels à suspendre les demandes d'arbitrage liées aux investissements afin de ne pas entraver les efforts de redressement des économies lancés par les milieux universitaire et de la société civile<sup>17</sup>.

La crise du COVID-19 a peu à voir avec les autres crises. La pandémie n'est pas le fait de décisions politiques, mais elle nécessite que les gouvernements prennent des mesures d'urgence dans des domaines de la politique publique qui touchent les investisseurs. Dans des circonstances aussi extraordinaires, d'une part, les investisseurs hésiteront probablement à tenter des actions au beau milieu d'une crise sanitaire indépendante du fait public – les arbitres peuvent être enclins à faire preuve de déférence à l'égard des mesures gouvernementales, tandis que l'opinion publique risque d'être sans pitié pour les investisseurs qu'elle verrait comme des profiteurs de guerre. D'autre part, le souci majeur des États sera peut-être de gérer la crise. Les évaluations de la nature et de la proportionnalité des mesures prises pendant la crise pourraient dans ce cas fournir une batterie d'arguments de poids aux investisseurs.

Par conséquent, même s'il est encore tôt pour cerner les effets définitifs de la crise sur l'utilisation du RDIE, le potentiel d'une augmentation des litiges ne doit pas être négligé ; pour les économies MENA étudiées, la vigilance doit donc être de mise. Leurs gouvernants sont encouragés à initier et sensibiliser tous les niveaux de l'administration (ministères, agences et administrations locales ou infranationales) aux enjeux en présence, à se rapprocher des investisseurs étrangers pour maintenir le dialogue et détecter les problèmes potentiels – comme le font déjà la plupart des API de la région – et à veiller à la bonne coordination des moyens internes pour prévenir et gérer les litiges éventuels. La crise peut également représenter une chance d'expérimenter, évaluer et exploiter les mérites des réformes envisageables pour les traités d'investissement et le système de RDIE, en suivant les discussions mondiales et en s'inspirant des dernières pratiques nationales. Les discussions sur les réformes pourraient se recentrer sur une problématique actuelle : sauvegarder la marge de manœuvre législative des États et leur mission de santé publique, sans renoncer à la protection effective des investissements et en fermant autant que possible la porte au risque de litiges entre investisseurs et État (Gaukrodger, 2017<sup>[12]</sup>) (Gaukrodger, 2017<sup>[10]</sup>). Les décideurs pourraient également explorer plus avant les options pour une approche régionale et une meilleure efficacité des accords régionaux, afin de promouvoir la cohérence des niveaux de protection, des droits et des obligations dans tout l'ensemble géographique, à l'instar de ce qui a été fait dans d'autres régions, notamment en Asie. Dernier objectif à ne pas perdre de vue : le renforcement des mécanismes de prévention et de gestion des différends.

## **Faire preuve d'anticipation dans la prévention et la gestion des différends**

Les modes de règlement autres que l'arbitrage, les politiques de prévention et les mécanismes de gestion des différends sont des moyens utiles pour éviter les litiges potentiellement longs et coûteux. Les gouvernements des économies MENA examinées sont donc encouragés à étoffer les mécanismes de prévention et de règlement rapide des différends liés aux investissements, ainsi qu'à assurer une gestion efficace des affaires de RDIE, en s'inspirant de l'expérience d'autres États souvent mis en cause dans les affaires de RDIE.

## Stratégies de prévention des différends

Les stratégies de prévention des différends sont des politiques et des mesures mises en œuvre à l'initiative des gouvernements pour limiter les possibilités de contentieux entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil. L'objectif est de traiter les problèmes rencontrés par l'investisseur à un stade précoce, d'assurer le respect de procédures clairement énoncées, afin de retenir l'investissement sur le territoire du pays d'accueil et de prévenir la survenance de litiges. Le but est aussi, pour l'État concerné, de préserver sa réputation de pays d'accueil sûr et attrayant pour les investissements.

En fonction des objectifs, des besoins et de l'expérience du pays, une stratégie de prévention des différends comprend généralement :

- des systèmes de détection précoce – pour anticiper les problèmes – et de communication avec les investisseurs – pour en discuter avant qu'ils ne se transforment en différends (encadré 5.6) ;
- une formation des fonctionnaires des organismes et agences intervenant dans les projets d'investissement, afin de les sensibiliser aux obligations internationales et aux répercussions potentielles de leurs actes ;
- une coordination des institutions et une communication entre les organismes concernés ;
- un organe spécial chargé de la mise en œuvre des mesures et du suivi des litiges.

### Encadré 5.6. Bonnes pratiques du Système de réponse aux réactions des investisseurs (SIRM) du Groupe de la Banque mondiale

- **Organisme principal** : un organe administratif créé ou désigné pour coordonner les informations et piloter la réponse aux griefs des investisseurs.
- **Partage de l'information** : permet à l'organisme principal de coordonner la diffusion des informations pertinentes aux organismes compétents les plus susceptibles d'être la source ou la cible de conflits (griefs) liés aux risques politiques ; ces informations peuvent concerner, notamment, les obligations prévues par les accords internationaux sur l'investissement.
- **Mécanisme d'alerte précoce** : permet à l'organisme principal d'être au courant de l'existence d'un grief le plus tôt possible.
- **Méthodes de résolution des problèmes** : permettent aux parties de rechercher une solution au conflit axée sur l'investissement.
- **Prise de décision politique** : toute solution trouvée doit recevoir l'approbation de l'autorité politique compétente, indispensable pour garantir qu'elle sera effectivement mise en œuvre.
- **Exécution des décisions** : garantit que la solution consensuelle convenue par les représentants de l'État et l'investisseur est connue et respectée par tous les autres organismes concernés.

Source : (Banque mondiale, 2019<sup>[13]</sup>)

De nombreux pays ont adopté des stratégies de prévention des différends, y compris au sein de la région MENA. Les bonnes pratiques devraient inspirer la mise en œuvre de ces politiques. Certains pays, tels que la Colombie et le Pérou, ont établi un cadre législatif et réglementaire complet pour encourager la détection et la résolution précoces des différends relatifs aux investissements (OCDE, 2019<sup>[14]</sup>) (Joubin-Bret, 2015<sup>[15]</sup>). D'autres, comme le Chili, ont opté pour un système de prévention informel dans le cadre duquel des organismes sectoriels gèrent directement les différends avec les investisseurs. Certains gouvernements ont créé des comités interministériels pour conseiller les organismes de tutelle sectorielles sur les réclamations des investisseurs et superviser la défense de la personne publique dans les affaires de RDIE. Le Brésil a fait disparaître de ses accords bilatéraux sur l'investissement les dispositions relatives

au RDIE, les remplaçant par un système de « points focaux nationaux » (ou médiateurs) désignés par chacune des parties au sein de son gouvernement pour traiter les griefs des investisseurs, et de « comités conjoints » composés des représentants des gouvernements des deux parties et chargés de l'administration de l'accord. Ce nouveau système est mis en pratique dans le TBI Maroc-Brésil signé en 2019, mais pas encore entré en vigueur<sup>18</sup>. La Corée obtient aussi de bons résultats en matière de résolution précoce des différends avec son Médiateur pour les investissements étrangers depuis la création de cet organe en 1999 (Nicolas, Thomsen et Bang, 2015<sup>[16]</sup>). Enfin, l'Ukraine a son Conseil du médiateur au service des entreprises, auquel les investisseurs peuvent s'adresser pour soumettre des griefs.

Certains États qui ont souvent été défendeurs dans des affaires de RDIE (tels que l'Argentine, l'Espagne, les États-Unis, le Canada et le Mexique) ont également mis en place, au sein du gouvernement, des équipes spécialisées de juristes qui s'occupent exclusivement de toutes les actions en RDIE contre leur pays sans recourir à des conseillers juridiques externes. Malgré les coûts que cela implique et le travail de coordination nécessaire, les économies MENA étudiées qui font face à un nombre élevé de litiges pourraient peut-être s'inspirer de ces expériences et envisager une voie similaire.

La Convention des Nations unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation (Convention de Singapour sur la Médiation), qui est entrée en vigueur en septembre 2020 et que seule la Jordanie a signé à ce jour, pourrait également jouer un rôle central dans le règlement par la médiation des actions relatives à la protection des investissements.

### ***Mécanismes de prévention des différends dans la région***

Les économies MENA examinées avaient commencé à mettre en œuvre des politiques et des mécanismes de prévention des litiges, et la réaction des investisseurs à la crise du COVID-19 semble avoir accéléré le processus. En effet, plusieurs agences de promotion des investissements (API) de la région ont mis en place des cellules de crise en réponse à la pandémie et aux mesures d'urgence qu'elle a imposées (voir le chapitre 6 pour plus d'informations sur les API des pays MENA). Ces structures renseignent les investisseurs, répondent aux questions, collectent des informations sur les activités des investisseurs étrangers, coordonnent les réponses aux problèmes rencontrés par les investisseurs et apportent leur soutien à la mise en œuvre de solutions<sup>19</sup>. Il leur faut aussi interagir avec les structures de prévention et de résolution des différends qui existent déjà dans certains pays afin d'anticiper les griefs qui pourraient être faits.

En réaction à la vague de différends avec des investisseurs engendrée par les troubles politiques, **l'Égypte** a pris les devants en se dotant du dispositif le plus évolué de la région, et en proposant, de plus en plus, d'autres modes de règlement des différends pour résoudre des litiges commerciaux ou relatifs à des investissements. La modification de la loi sur l'investissement (2015) contient un nouveau titre portant création de trois comités pour le règlement extra-judiciaire des différends : un Comité des griefs, un Comité (ministériel) pour le règlement des différends relatifs à l'application de la loi sur l'investissement, et un Comité (ministériel) pour le règlement des différends relatifs aux contrats d'investissement. La nouvelle loi sur l'investissement (2017) a apporté des clarifications supplémentaires et a mis l'accent sur l'importance de l'accès à des mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends pour les investisseurs. L'Autorité générale pour l'investissement et les zones franches (la GAFI) joue un rôle important dans la prévention des différends à un stade précoce, comme le reconnaissent les milieux d'affaires. Cependant, il faudrait peut-être clarifier davantage le rôle, le fonctionnement et le rattachement de chacun de ces organes et communiquer à leur propos, car ces différentes couches institutionnelles pourraient constituer un surcroît de complexité pour les investisseurs (OCDE, 2020c). Il convient également de noter l'initiative de l'Egyptian State Lawsuits Authority (ESLA), qui a créé un service pour gérer les litiges d'investissement entre des ressortissants étrangers et l'État égyptien, suivant en cela la tendance déjà mentionnée de nombreuses autorités à doter d'une équipe spécialisée dans les affaires de RDIE.

En **Algérie**, l'Agence nationale de développement de l'investissement (ANDI) est responsable des stratégies et des priorités en matière d'investissement. Outre clarifier les rôles des différents intervenants dans le processus d'investissement, elle a également pour mission d'instaurer une commission interministérielle de recours chargée de recevoir et de statuer sur les doléances des investisseurs.

En **Jordanie**, la Commission de l'investissement (JIC) a récemment lancé une initiative ambitieuse en créant un Comité des griefs (dont le fonctionnement est précisé dans le texte *Grievance Hearing Instructions No. 1 of 2020*)<sup>20</sup>. Tout investisseur peut soumettre une demande d'examen de griefs au Comité, à condition de respecter les délais prévus pour la recherche d'un règlement à l'amiable dans le TBI ou le contrat d'investissement sur lesquels il fonde son action. Le Comité détermine dans les deux jours si la demande est urgente ou non (p. ex., si les faits allégués perturbent considérablement le fonctionnement ou la production de l'entreprise ou sont cause de l'interruption de l'activité). Le Comité peut rejeter ou accepter la demande. S'il l'accepte, il analysera les griefs, s'entretiendra avec l'investisseur, rédigera ses recommandations et les communiquera à l'administration concernée pour que celle-ci prenne les mesures appropriées, avec copie au demandeur. De plus, le Comité transmet au Premier ministre les demandes qu'il a examinées, en précisant si elles doivent être soumises au Conseil des ministres. Enfin, le Comité mettra en œuvre, le moment venu, le système informatisé de traitement des griefs dont la Commission a lancé la réalisation et qui doit faciliter les procédures. Ce Comité des griefs est une initiative très intéressante, même s'il est encore trop tôt pour évaluer sa mise en œuvre et vérifier son efficacité.

Un modèle intéressant vient du **Maroc**, avec le mécanisme contenu dans le TBI Maroc-Nigeria signé en 2016. Ce traité d'investissement prévoit une procédure innovante de pré-arbitrage pour la prévention et la résolution des différends, par la création d'un Comité conjoint et des dispositions de prévention des litiges. Le traité stipule qu'avant d'engager une éventuelle procédure d'arbitrage, tout différend doit être évalué par le biais de consultations et de négociations menées par le comité conjoint avec la participation de représentants de l'investisseur et de l'État d'accueil. Si le différend ne peut être résolu dans un délai de six mois, l'investisseur peut, après avoir épuisé les recours internes, recourir à un arbitrage international. Tel qu'il est défini dans le TBI Maroc-Nigeria, le rôle du Comité conjoint dans la prévention des différends est novateur par rapport à ce que l'on trouve dans d'autres accords existants comme l'Accord économique et commercial global (AECG) signé entre l'UE et le Canada, par exemple. Il reste à voir comment ce comité fonctionnera en pratique, car le traité n'a pas encore été ratifié par le Nigeria<sup>21</sup>.

## Références

- Banque mondiale (2019), *Retention and Expansion of Foreign Direct Investment: Political Risk and Policy Responses*, World Bank Group, Washington, DC, [13]  
<http://documents1.worldbank.org/curated/en/387801576142339003/pdf/Political-Risk-and-Policy-Responses.pdf>.
- Blanke, G. (2018), *Investment arbitration in the Middle East: basic trends and developments (Part 2)*, Thomson Reuters: Practical Law Arbitration Blog, [8]  
<http://arbitrationblog.practicallaw.com/investment-arbitration-in-the-middle-east-basic-trends-and-developments-part-2/> (consulté le 12 février 2021).
- FAO (2020), *Intra-African trade, the African Continental Free Trade Area (AfCFTA) and the COVID-19 pandemic*, Food and Agriculture Organization of the United States (FAO), [4]  
<http://www.fao.org/3/ca8633en/ca8633en.pdf>.



- Gaukrodger, D. (2017), « Addressing the balance of interests in investment treaties: The limitation of fair and equitable treatment provisions to the minimum standard of treatment under customary international law », *OECD Working Papers on International Investment*, n° 2017/3, OECD Publishing, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/0a62034b-en>. [10]
- Gaukrodger, D. (2017), « The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties: A scoping paper », *OECD Working Papers on International Investment*, n° 2017/2, OECD Publishing, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/82786801-en>. [12]
- Gaukrodger, D. et K. Gordon (2012), « Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community », *OECD Working Papers on International Investment*, n° 2012/3, OECD Publishing, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>. [9]
- Hamida, W. (2013), « A Fabulous Discovery: The Arbitration Offer under the Organization of Islamic Cooperation Agreement Related to Investment », *Journal of International Arbitration*, vol. 30/6, pp. 637-663. [6]
- Hamida, W. (2006), « The first Arab investment court decision », *Journal of World Investment and Trade*, vol. 7/5, pp. 699-721, <http://dx.doi.org/10.1163/221190006X00360>. [7]
- Joubin-Bret, A. (2015), « Establishing an International Advisory Centre on Investment Disputes? », *E15Initiative (E1) Working Paper*, the International Center for Trade and Sustainable Development and the World Economic Forum, <http://e15initiative.org/publications/establishing-an-international-advisory-centre-on-investment-disputes/>. [15]
- Mistura, F. et C. Roulet (2019), « The determinants of Foreign Direct Investment: Do statutory restrictions matter? », *OECD Working Papers on International Investment*, n° 2019/01, OECD Publishing, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/641507ce-en>. [2]
- Nicolas, F., S. Thomsen et M. Bang (2015), « Lessons from Investment Policy Reform in Korea », *OECD Working Papers on International Investment*, n° No. 2013/0, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/18151957>. [16]
- OCDE (2020), *Investment in the MENA region in the time of COVID-19*, OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19), <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/investment-in-the-mena-region-in-the-time-of-covid-19-da23e4c9/> (consulté le 11 février 2021). [17]
- OCDE (2020), *OECD Investment Policy Reviews: Egypt 2020*, OECD Investment Policy Reviews, OECD Publishing, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/9f9c589a-en>. [11]
- OCDE (2019), *OECD Investment Policy Review of Southeast Asia*, <https://www.oecd.org/investment/oecd-investment-policy-review-southeast-asia.htm>. [14]
- Pohl, J. (2018), « Societal benefits and costs of International Investment Agreements : A critical review of aspects and available empirical evidence », *OECD Working Papers on International Investment*, n° 2018/1, OECD Publishing, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/e5f85c3d-en>. [1]
- Signé, L. et C. van der Ven (2020), *How the AfCFTA will improve access to 'essential products' and bolster Africa's resilience to respond to future pandemics*, Brookings: Africa in Focus, <https://www.brookings.edu/blog/africa-in-focus/2020/04/30/how-the-afcfta-will-improve-access-to-essential-products-and-bolster-africas-resilience-to-respond-to-future-pandemics/> (consulté le 12 février 2021). [5]

UNCTAD (2020), *IIA Issues Note: The changing IIA landscape: New treaties and recent policy developments*, UNCTAD, <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d4.pdf>.

[3]

## Notes

<sup>1</sup> Il est difficile d'être précis sur le statut exact de ces traités d'investissement en raison de certaines incohérences dans les données publiques disponibles et du manque de sources gouvernementales, en particulier concernant les dates d'entrée en vigueur. Les chiffres présentés dans ce chapitre s'appuient sur le contenu du site Web « Investment Policy Hub » de la CNUCED, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/by-economy>.

<sup>2</sup> La Jordanie a par ailleurs signé en 2019 la Convention des Nations unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation (« Convention de Singapour sur la Médiation »), qui s'applique aux litiges commerciaux. Aucun des pays MENA étudiés n'a signé la Convention des Nations unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (dite « Convention de Maurice sur la transparence ») depuis son adoption en 2014. Parmi tous les États de la région Moyen-Orient et Afrique du Nord, seuls deux l'ont signée : l'Irak et la Syrie,

<sup>3</sup> Les négociations en vue de l'accession de ces trois pays à l'OMC sont au point mort. Le groupe de travail pour l'Algérie, créé en 1987 et a tenu sa douzième réunion en 2014. Le groupe de travail pour la Libye, créé en 2004, ne s'est jamais réuni. Le groupe de travail pour le Liban, créé en 1999, s'est réuni pour la septième fois en 2009.

<sup>4</sup> CNUCED, Investment Dispute Settlement Navigator <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

<sup>5</sup> Données du site Investment Dispute Settlement Navigator de la CNUCED, d'après les données publiques concernant les procédures connues d'arbitrage international investisseur-État sur le fondement d'un AII (données de facto non exhaustives, puisque certaines procédures demeurent confidentielles), classées en trois catégories selon la conclusion de la procédure d'arbitrage originelle :

- Décision en faveur de l'État : le tribunal a déclaré la demande irrecevable pour défaut de compétence ou a statué que l'État défendeur n'avait pas agi en violation de l'AII applicable.
- Décision en faveur de l'investisseur : le tribunal a statué que l'État défendeur avait commis une ou plusieurs violations de l'AII applicable et a accordé une indemnisation pécuniaire ou non pécuniaire à la partie demanderesse.
- Règlement amiable : les parties ont réglé le litige par la voie d'un règlement amiable et mis fin, de ce fait, à la procédure arbitrale.

<sup>6</sup> <https://www.italaw.com/cases/2494>

<sup>7</sup> <https://www.italaw.com/cases/2101> ; Kluwer Arbitration Blog, 22 janvier 2020, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/22/2019-in-review-a-view-from-north-africa/>

<sup>8</sup> *Hesham T.M. al Warraq c/ République d'Indonésie*, <https://www.italaw.com/cases/1527>



<sup>9</sup> *Investment Arbitration Reporter*, 11 août 2020, <https://www.iareporter.com/articles/oic-round-up-an-update-on-pending-arbitration-cases-lodged-under-the-oic-investment-agreement/>

<sup>10</sup> International Institute for Sustainable Development, *Investment Treaty News*, 20 juin 2020, <https://www.iisd.org/itn/2020/06/20/moroccos-new-model-bit-innovative-features-and-policy-considerations-hamed-el-kady-yvan-rwananga/>

<sup>11</sup> Kluwer Arbitration Blog, 29 décembre 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/29/investment-dispute-settlement-body-of-the-organisation-of-islamic-cooperation-a-dead-end-for-claims-under-the-oic-investment-agreement/>

<sup>12</sup> IAReporter, 11 août 2020, <https://www.iareporter.com/articles/libya-round-up-new-tribunals-a-discontinuation-and-further-details-about-a-number-of-investment-arbitrations-against-the-state/>

<sup>13</sup> Kluwer Arbitration Blog, 8 mars 2020, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/08/the-ongoing-lebanese-financial-crisis-is-there-potential-for-investor-state-arbitration/>

<sup>14</sup> Kluwer Arbitration Blog, 26 juillet 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/07/26/impact-of-the-arab-spring-on-the-international-arbitration-landscape/>

<sup>15</sup> Les mesures prises pour enrayer la crise – plan économique d’urgence, dévaluation du peso, programme de privatisations – ont entraîné une forte augmentation des demandes de RDIE (sur 62 affaires connues, la plupart ont débuté après la crise).

<sup>16</sup> Kluwer Arbitration Blog, 30 mars 2020, [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/30/covid-19-and-investment-treaty-claims/?doing\\_wp\\_cron=1595244086.3971068859100341796875](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/30/covid-19-and-investment-treaty-claims/?doing_wp_cron=1595244086.3971068859100341796875), 13 avril 2020, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/13/pandemics-emergency-measures-and-isds/>

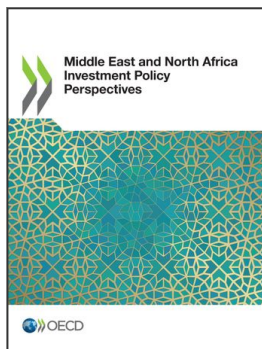
<sup>17</sup> E.g. Columbia Center on Sustainable Investment, (2020), <https://mailchi.mp/law/call-for-isds-moratorium-covid-19?e=17b57bf90f>; IISD, 14 avril 2020, <https://www.iisd.org/articles/protecting-against-investor-state-claims-amidst-covid-19-call-action-governments>

<sup>18</sup> TBI Maroc-Brésil, articles 14 à 19, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5889/download>

<sup>19</sup> Voir les exemples de la Tunisie, du Maroc, de la Jordanie et de l’Égypte dans (OCDE, 2020<sub>[17]</sub>).

<sup>20</sup> <https://www.jic.gov.jo/en/investors-grievance-scope/>

<sup>21</sup> Le TBI 2016 Maroc-Nigéria, article 26, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>, Thomson Reuters, Arbitration Blog, 16 novembre 2017, <http://arbitrationblog.practicallaw.com/the-morocco-nigeria-bit-a-new-breed-of-investment-treaty/>



Extrait de :  
**Middle East and North Africa Investment Policy Perspectives**

Accéder à cette publication :  
<https://doi.org/10.1787/6d84ee94-en>

**Merci de citer ce chapitre comme suit :**

OCDE (2021), « Accords internationaux d'investissement et règlement des différends », dans *Middle East and North Africa Investment Policy Perspectives*, Éditions OCDE, Paris.

DOI: <https://doi.org/10.1787/32941c26-fr>

Cet ouvrage est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions et les arguments exprimés ici ne reflètent pas nécessairement les vues officielles des pays membres de l'OCDE.

Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région. Des extraits de publications sont susceptibles de faire l'objet d'avertissements supplémentaires, qui sont inclus dans la version complète de la publication, disponible sous le lien fourni à cet effet.

L'utilisation de ce contenu, qu'il soit numérique ou imprimé, est régie par les conditions d'utilisation suivantes :  
<http://www.oecd.org/fr/conditionsdutilisation>.