



HAL
open science

Le droit des investissements étrangers au Qatar : analyse comparative avec la France

Nasser Hinzab

► **To cite this version:**

Nasser Hinzab. Le droit des investissements étrangers au Qatar : analyse comparative avec la France. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018. Français. NNT : 2018PA01D013 . tel-01894227

HAL Id: tel-01894227

<https://theses.hal.science/tel-01894227>

Submitted on 12 Oct 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



UNIVERSITÉ PARIS 1 PANTHÉON-SORBONNE
ÉCOLE DE DROIT DE LA SORBONNE
École doctorale de droit public et de droit fiscal
THÈSE
Pour l'obtention du grade de
DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ PARIS 1 PANTHÉON-
SORBONNE
DISCIPLINE : DROIT PUBLIC

Présentée et soutenue publiquement le 11 juin 2018 par Nasser Hamad Hinzab
Le droit des investissements étrangers au Qatar ; analyse comparative avec la France.

Directeur de thèse :

Monsieur Laurent VIDAL

Maître de conférences habilité à diriger des recherches à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne -
Directeur du Département de droit public de l'économie de l'Institut de recherche juridique de la
Sorbonne - André Tunc (IRJS)

Membres du jury :

Madame Jacqueline MORAND-DEVILLER

Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Madame Sabrina ROBERT-CUENDET

Professeur à l'Université du Mans, Rapporteur

Monsieur Ramu de BELLESCIZE

Maître de conférences habilité à diriger des recherches à l'Université de Rouen, Rapporteur

REMERCIEMENTS

Tout d'abord, je souhaite adresser ma plus sincère reconnaissance à mon directeur de thèse, Monsieur Laurent VIDAL. Il m'a fait l'honneur de diriger mes travaux. Je souhaite les remercier pour la confiance qu'il m'a accordée durant ces années, avant la thèse, dans le master de droit public des affaires co-dirigée par lui, et m'orienter pendant les travaux de thèse, tout en me dirigeant vers le bon chemin dans la pratique et la théorie. Il m'a accompagné pour me faciliter les recherches et je le remercie pour sa disponibilité.

Mes plus vifs remerciements vont aussi aux membres de mon jury de thèse pour avoir accepté de lire et juger ce travail.

Pour leur temps, leurs conseils et leur dévouement dans la phase de relecture.

J'adresse mes chaleureux remerciements à la France, qui m'a donné la chance de découvrir l'Europe. Je remercie de tout cœur mon Université Panthéon Sorbonne, de m'avoir donné la culture d'innovation.

Enfin, si cette thèse a pu voir le jour, c'est grâce au soutien et à la confiance de mon pays, en m'attribuant une bourse pendant 14 années en France.

Enfin, je dédie cette thèse à toute ma famille, mon Père Hamad, qui était avant son décès, mon Professeur. Il m'a appris les valeurs de responsabilité, du sérieux dans les études et de la bonne gestion de la vie. À ma mère Seeta qui est toujours la source de ma motivation, et à mes frère Talib et Ali, et sœurs, de leurs soutiens, ainsi que de leurs aides.

Tout particulièrement à mon épouse, Nora, de son encouragement et son soutien important pendant tous les travaux de recherche.

A ma fille Shatha et à mon fils Hamad.

PLAN GENERAL

LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS AU QATAR : ANALYSE COMPARATIVE AVEC LA FRANCE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PARTIE 1 : LES CARACTÉRISTIQUES DU DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

TITRE 1 : Le système du droit international de l'investissement.

CHAPITRE 1 : Les origines du droit international des investissements étrangers

SECTION 1 : Le régime des investissements étrangers

PARAGRAPHE 1 : La notion des investissements étrangers

PARAGRAPHE 2 : La protection diplomatique des investissements étrangers

SECTION 2 : L'apparition du contrat d'État

PARAGRAPHE 1 : Établissement de contrats entre États et investisseurs étrangers.

PARAGRAPHE 2 : Le développement du droit contemporain de l'investissement, un phénomène nouveau.

CHAPITRE 2 : L'encadrement juridique des investissements étrangers

SECTION 1 : Les normes étatiques

PARAGRAPHE 1 : Les normes françaises

PARAGRAPHE 2 : Les normes qataries

SECTION 2 : Les normes conventionnelles du droit des investissements étrangers

PARAGRAPHE 1 : Les traités internationaux du droit des investissements

PARAGRAPHE 2 : Les règles appliquées au secteur du droit international des investissements

TITRE 2 : Les agents du droit international de l'investissement

CHAPITRE 1 : L'investisseur

SECTION 1 : La figure de l'investisseur

PARAGRAPHE 1 : L'investisseur en tant que personne privée

PARAGRAPHE 2 : L'investisseur en tant qu'État

SECTION 2 : La question de l'identification de l'investisseur

PARAGRAPHE 1 : Le problème de la nationalité de l'investisseur

PARAGRAPHE 2 : l'impact de la nationalité de ressortissant sur la défense des droits de l'investisseur

CHAPITRE 2 : L'État

SECTION 1 : Le rôle de l'État

PARAGRAPHE 1 : Implications de l'Etat dans les investissements directs

PARAGRAPHE 2 : Exemples de la France et du Qatar

PARTIE 2 : LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS FRANCE-QATAR.

TITRE 1 : Le droit comme outil de protection des investissements France-Qatar

CHAPITRE 1 : La nécessité d'une protection efficace

SECTION 1 : La protection des engagements des parties

PARAGRAPHE 1 : L'engagement unilatéral de l'État d'accueil : une protection pour l'investisseur

PARAGRAPHE 2 : L'engagement contractuel : une protection éventuelle de l'État d'accueil

SECTION 2 : Une protection relative de l'État d'accueil

PARAGRAPHE 1 : La protection des intérêts publics et économiques de l'État d'accueil

PARAGRAPHE 2 : La protection éventuelle du consentement de l'État d'accueil

CHAPITRE 2 : La protection des investisseurs étrangers

SECTION 1 : Les standards directs de traitement

PARAGRAPHE 1 : Les obligations de moyen

PARAGRAPHE 2 : La garantie d'un environnement juridique favorable

SECTION 2 : Les standards indirects de traitement : l'obligation de non-discrimination

PARAGRAPHE 1 : Le principe du traitement national

PARAGRAPHE 2 : La clause de la nation la plus favorisée

TITRE 2 : Les instruments de la protection des investissements France-Qatar

CHAPITRE 1 : Les moyens juridiques de cette protection

SECTION 1 : La protection par le droit international des contrats

PARAGRAPHE 1 : La protection découlant du droit international public

PARAGRAPHE 2 : La protection découlant du droit du commerce international

SECTION 2 : L'application du droit international des contrats aux investissements France-Qatar

PARAGRAPHE 1 Le recours aux accords bilatéraux comme outil de promotion et de protection des investissements France-Qatar

PARAGRAPHE 2 : L'avenir de l'encadrement juridique dans les relations contractuelles et d'investissements France-Qatar

CHAPITRE 2 : La mise en œuvre de la protection des investissements étrangers

SECTION 1 : Le règlement non juridictionnel des litiges

PARAGRAPHE 1 : Les clauses contractuelles

PARAGRAPHE 2 : La conciliation

PARAGRAPHE 3 : la médiation

SECTION 2 : l'arbitrage international

PARAGRAPHE 1 : Les formes de l'arbitrage

PARAGRAPHE 2 : Les spécificités de l'arbitrage international

CONCLUSION GENERALE

INTRODUCTION

L'histoire du développement des investissements directs étrangers dans le monde peut être étudiée à partir des zones pétrolières et gazières des pays du Golfe jusqu'aux plantations de thé en Inde, en passant par celles du caoutchouc en Malaisie. Les États ont, de tous temps, vu circuler, des biens et des personnes, mais cette circulation était relativement faible car, jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, l'essentiel de la production, de la consommation et de l'épargne a échappé aux contraintes du marché, y compris dans les pays développés.

L'évolution du droit des investissements est intégrée dans le processus global de transformation de la société humaine sous tous ses aspects : politiques, économiques et sociaux et juridiques. Le phénomène le plus controversé de cette transformation est la mondialisation qui correspond à une internationalisation de l'activité économique, et en particulier des investissements étrangers, dans la mesure où le droit des investissements étrangers s'inscrit dans le contexte de ces révolutions qui accélèrent actuellement le processus des relations économiques¹. Le droit international des investissements s'inscrit dans le contexte de ces évolutions qui, aujourd'hui, accélèrent le processus de la mondialisation des relations économiques.

La mondialisation, phénomène multidimensionnel, peut être entendue comme une économie intégrée au niveau planétaire, incluant des marchés mondiaux naissants. Elle y joue même un rôle significatif. Dans sa forme actuelle, la mondialisation transpose la logique financière, et plus particulièrement les concepts et les principes de la sphère financière, à la stratégie et à l'organisation des entreprises multinationales. Dans la littérature anglo-saxonne, ce terme est utilisé pour désigner la globalisation économique, à savoir « un processus visant à la fois la création d'un marché libre au plan mondial et la subordination de toute activité économique à une logique financière.²»

1 BERGER, S. *Notre première mondialisation : Leçons d'un échec oublié*, Ed.

WÄLDE, W.T. *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, IHEI Paris, Université Panthéon-Assas (Paris II), Ed. Pedone, 2004, p.12.

2 MORAND, C. – « *Le Droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformations* », dans LOQUIN E. ; KESSEDJIAN, C. – *La mondialisation du droit*, Ed. Litec, Dijon, 2000, p. 81.

L'expansion massive des investissements directs étrangers à travers le monde, avec l'émergence au niveau international, des flux financiers massifs, constitue la preuve même d'une représentation des forces conductrices du processus de globalisation. La croissance de ces investissements, aussi bien en termes quantitatifs que qualitatifs, est l'élément essentiel du processus continu d'intégration à l'échelle mondiale.

Diverses études prévoient que les investissements étrangers à long terme, joueront un rôle de plus en plus important dans l'économie mondiale. Selon les estimations, pendant les années à venir, les investissements directs étrangers vont assumer un rôle crucial dans l'augmentation du niveau de vie de toutes les nations de la planète, établissant une relation étroite entre les sociétés multinationales en tant qu'investisseurs, et les États, récipiendaires desdits investissements. Ces relations contractuelles entre les États souverains et les entreprises multinationales traduisent une volonté de se stabiliser.

Nous proposons tout d'abord de présenter l'histoire des nations entre les investisseurs et les pays du Golfe. Il s'avère utile de souligner que, les pays du Golfe sont passés du stade de zones désertiques habitées par des bédouins et des pêcheurs de perles, à celui de puissances économiques régionales, à la fin des années 1930.

Avec 9,704 barils par jour en septembre 2014, l'Arabie Saoudite est le deuxième producteur de pétrole. Les Émirats Arabes Unis produisaient environ 3,6 millions de barils en 2013 ; le Koweït, 3,3 millions. Concernant le Qatar, il arrive au rang mondial en termes de réserves de gaz, le troisième producteur et exportateur de GNL d'une capacité de 77 millions de tonnes, maintenant la production du pétrole à 74 000 barils par jour auxquels il faut ajouter 1,1 millions de condensats, l'accent étant mis sur la pétrochimie³.

La présence des étrangers dans la péninsule Arabique est due notamment à sa situation géographique, se trouvant à l'extrême Sud-est par rapport à l'Europe, ainsi qu'aux ressources naturelles (pétrole, gaz). Les premiers étrangers à avoir investi la région étaient les Portugais, qui avaient entrepris des explorations vers l'Océan Atlantique, en contournant le cap de Bonne-Espérance.

3 www.opec.org (dernièrement consulté le 9 octobre 2015).
www.tresor-economie.gouv.fr/pays/qatar

Vasco de Gama découvrit, en 1497, la route des Indes grâce à des cartes et des plans arabes. L'objectif était alors de bloquer la Mer Rouge et le golfe Persique afin d'écarter les Arabes et les Vénitiens dans leur trafic. Après une bataille d'une barbarie extrême, le navigateur portugais s'empara, en 1507, du Port d'Ormuz. Les Portugais construisirent des forteresses à Bahreïn et à Mascate (Oman). De cette manière, ils purent contrôler, pendant près d'un siècle, tous les chemins de commerce qui transitaient par l'Océan Indien, au détriment des négociants arabes et persans du Golfe. À cette époque, ils étaient les seuls maîtres du commerce. Face à cette situation, les Arabes impuissants durent recourir à des actes de piraterie afin de repousser les étrangers.

Au XVII^{ème} siècle, la présence des Portugais faiblit face à l'intérêt des autres puissances européennes dans cette région du monde comme la Hollande, la Grande-Bretagne, ou la France. Les Perses, soutenus par les Anglais, vainquirent les Portugais en 1622 au Port d'Ormuz qui devint Bander Abbas. La création de cette ville permit l'ouverture d'un commerce européen, plus précisément constitué d'Anglais et de Hollandais. Grâce à cette ouverture, les compagnies anglaises et hollandaises arrivèrent dans les Indes orientales, mais les relations entre les peuples devinrent conflictuelles et s'achevèrent par une guerre qui aboutit à la victoire de la Hollande.

Au XVII^{ème} siècle, les Anglais s'imposèrent face aux autres puissances, et signèrent de nombreuses trêves avec les émirs de la côte. C'est ainsi qu'en 1853 fut signé un traité de paix perpétuelle. En 1869, l'ouverture du Canal de Suez et le développement des bateaux à moteur rendirent plus accessible cette région, notamment les villes côtières.

La découverte du pétrole au XX^{ème} siècle créa une nouvelle source d'intérêts stratégiques pour les Occidentaux, étant passés d'un intérêt géographique à un intérêt économique. Cette découverte de l'or noir fut capitale pour les pays du Golfe, comme d'ailleurs pour l'économie mondiale, car elle allait attirer les premières sociétés étrangères modernes. À cette occasion, les premiers contrats (contrats de succession) entre les investisseurs étrangers (sociétés internationales) et les pays Arabes du Golfe furent établis⁴.

4BEGUIN BILLECOQ (X.), *Les Emirats ou la fabuleuse histoire de la côte des perles*. Ed. Paris 1995.

À la fin du XIX^{ème} siècle, c'est la loi musulmane qui s'appliquait à toutes les relations, et même avec les étrangers. Cette loi imposait deux sortes de mines : les mines visibles, exploitables par quiconque, et les mines dissimulées dans le sous-sol, dont l'exploitation nécessitait l'intervention du souverain.

Les grands investisseurs pétroliers obtinrent des concessions offrant des droits exclusifs qui visaient à réaliser des investissements dans le domaine pétrolier, aussi bien en amont qu'en aval, assurant l'exploitation jusqu'à la commercialisation des hydrocarbures. Ces sociétés multinationales profitèrent de la technologie modeste des pays du Golfe qui étaient débutants en matière juridique et de l'ignorance de l'enjeu du pétrole des pays producteurs.

Jean Devaux-Charbonnel définit le contrat des concessions pétrolières comme « un acte juridique par lequel un État accorde à un tiers, pendant une certaine durée et sur une superficie définie, le droit exclusif de rechercher des gisements d'hydrocarbures (pétrole et gaz) et, en cas de découverte, le droit exclusif d'extraire des produits et d'en disposer librement sous réserve de remplir certaines obligations techniques, financières et économiques. » Ce contrat était quasiment unique en 1950.

À partir des années 1930, de nouveaux États acquirent leur indépendance et se dotèrent d'un pouvoir central. La fondation du troisième Royaume d'Arabie Saoudite a eu lieu en 1932. Le Koweït devint indépendant en 1961, le sultanat d'Oman en 1970, le Qatar le 3 septembre 1971 et la fédération des Émirats Arabes Unis fut créée la même année.

À cette époque, des accords ont été signés entre l'Angleterre et les pays du Golfe. Il est à noter que le Koweït s'engagea en 1913 à ne donner aucune concession sans l'accord des Anglais, décision adoptée par le Bahreïn en 1914 et par le Qatar en 1916.

En 1928, un accord de cartel dit Accord de la ligne rouge, fut signé entre cinq grandes sociétés pétrolières (américaine, hollandaise, anglaise, française), à savoir *Standard Oil of New Jersey*, *Socony Vacuum*, *Royal Dutch Shell*, *Anglo Iranian* et la *Compagnie Française de Pétrole*. Cet accord prévoyait de fournir du pétrole brut aux actionnaires au prix de revient. En 1925, *Qatar Petroleum* et le Bahreïn ont accordé une concession à la *Gulf* et *Standard Oil of California*.

Au Qatar, le premier essai concernant la recherche du pétrole eut lieu en 1939, et le développement se poursuivit après la Seconde Guerre Mondiale ; en 1949, on assista aux exportations de pétrole brut et, en 1974, *Qatar Petroleum* fut créé⁵.

En Arabie Saoudite, la *Standard Oil of California* obtint le 29 mai 1933, une concession de 66 ans sur 90 000 km². L'établissement public industriel et commercial, qui était chargé du contrôle et de la gestion des ressources naturelles, n'apparut qu'en 1961. La concession accordée par l'Arabie Saoudite, comprenait la recherche, l'exploitation, le forage, l'extraction, le raffinage, la construction d'installation et le transport. La compagnie étrangère devait payer sur chaque tonne un dollar américain, afin d'être exonérée d'impôts et de droits de douane. Les litiges étaient réglés par le recours à l'arbitrage.

Au Koweït, la *Gulf* et *Anglo Iranian* obtinrent en 1934, une concession de 75 ans sur tout le pays.

Toujours dans les années 1930, la région était contrôlée par les Anglais et le secteur pétrolier par l'*Anglo-Persian Company* et la *Royal Dutch Schell*, ainsi que par cinq sociétés américaines : *Standard Oil of California*, *Socony Mobile Oil*, *Standard Oil of New Jersey*, *Gulf Oil* et *Texaco*. Ces sociétés s'assuraient ainsi une mainmise sur les richesses pétrolières grâce à la signature de contrats de concession. La durée de ces contrats variait entre 60 et 99 ans. En contrepartie, les investisseurs versaient une redevance annuelle, d'environ 12% de la valeur de la production, ainsi qu'une sorte de loyer.

Aujourd'hui, les grands investisseurs étrangers sont toujours présents dans la région mais ils ne sont plus d'accord sur la répartition des richesses. En effet, certaines compagnies américaines veulent profiter des ressources en les monopolisant telle que la production en Arabie Saoudite (*Texas Oil Company*, *Standard Oil of California*, *Standard Oil of New Jersey*, *Socony Vacuum*).

Après de nombreuses sentences arbitrales rendues à l'étranger, ces dernières ont renforcé le sentiment d'injustice dans les pays du Golfe. En effet, les arbitrages rendus essentiellement au cours des années 1950-1970 contenaient des affirmations jugées déplacées par les partenaires

5BICHARA (K.), *L'Europe et les pays Arabes du Golfe*, éditions Pulisud.
<https://www.qp.com.qa/ar/AboutQP/Pages/QPHistory.aspx>.

arabes. À partir de là, des besoins en pétrole se sont faits ressentir dans les pays développés à partir des années 1950 et ont entraîné les sociétés pétrolières exploitant des gisements dans la région à accorder une plus grande importance au respect des concessions. Cependant, ces accords devaient s'appuyer sur des systèmes juridiques qui étaient quasiment débutants, notamment avant l'indépendance des pays de la région⁶.

Généralement, les arbitres parvenaient à écarter l'application du droit interne des pays producteurs, et à condamner, le plus souvent, toute mesure prise par ces derniers pour conserver les gisements, ainsi qu'à participer à l'exploitation ou à assurer le transport des matières premières. Toutefois, les arbitres ayant une vision stricte de l'intangibilité des contrats, ignoraient les demandes des pays producteurs. Toutes les sentences concernées avaient pour origine un conflit entre une société étrangère pétrolière et un État arabe. À l'époque, les contrats de concession étaient signés par les États du Golfe, encore sous domination coloniale des Anglais, comme le Qatar en 1935 et 1949, Abu Dhabi en 1939 et l'Arabie Saoudite en 1933.

Entre 1950 et 1980, les pays producteurs de pétrole franchissent une étape supplémentaire, voulant désormais maîtriser leurs ressources naturelles. Pour défendre leurs intérêts communs, ils créent des organismes : l'OPEP ou Organisation des Pays Producteurs de Pétrole. Ils s'appuient également sur des organisations internationales pour affirmer leur droit souverain sur leurs richesses naturelles, telles que les résolutions de l'ONU : N°1515 le 15 décembre 1960, N°1803 le 14 décembre 1962 et N°2158 le 25 novembre 1966. Ces résolutions affirment le droit exclusif de chaque État sur ses richesses naturelles. Ainsi, dans la Résolution n°2158 du 25 novembre 1966, l'Assemblée générale des Nations Unies « réaffirme le droit inaliénable de tous les pays d'exercer leur souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles dans l'intérêt de leur développement national, conformément à l'esprit et aux principes de la charte des Nations Unies et tel qu'il est reconnu dans la résolution 1803 de l'Assemblée générale. »

Les pays du Golfe s'appuyaient sur certaines décisions arbitrales qui reconnaissent en vertu du droit international, la possibilité pour les États souverains de procéder à une

6 ALFOUZAN (A.) *La naissance du droit administratif en Arabie Saoudite*, thèse de doctorat Aix-en-Provence, 1978. Sources du Ministère du Pétrole saoudien. Annuaire Petromin, 1962-1972, Publication du Ministère du Pétrole.

nationalisation. Par exemple, la sentence arbitrale Texaco affirme ce droit : « le droit de procéder à des nationalisations n'est pas aujourd'hui contestable. » Il résulte du droit international coutumier, établie à la suite de pratiques concordantes considérées, par la communauté internationale, comme étant de droit. L'exercice de la compétence étatique de nationaliser est ainsi vu comme l'expression de la souveraineté territoriale. Cette prérogative est reconnue à l'État par le droit international au même titre que celle de déterminer, en toute indépendance, son régime politique et ses institutions constitutionnelles⁷.

Après avoir brièvement présenté l'histoire de la présence des investissements étrangers dans la péninsule arabique, il s'avère incontournable de bien comprendre la place qu'occupe le droit des investissements, afin de traiter de la relation entre l'économie et les investissements étrangers. Il est à noter que la nature des règles qui gouvernent, organisent et encadrent les échanges économiques internationaux, est appréhendée sous deux angles distincts. La première branche du droit considère les échanges économiques au niveau international sous la règle macro-économique notamment en ce qui concerne les normes et les différentes formes d'organisation dont les États se sont dotées, aux niveaux mondial et régional, pour encadrer et favoriser le développement des échanges entre les économies nationales⁸. Il s'agit ici de dresser un tableau d'ensemble du cadre institutionnel commun constitué par le droit de l'Organisation Mondiale de Commerce⁹, des institutions économiques internationales comme la Banque Mondiale et le Fond Monétaire International, ou encore des organisations interétatiques de coopération ou d'intégration comme l'OCDE, l'AELE, l'ALENA, etc.

L'encadrement normatif des échanges économiques internationaux à visée macro-économique est opéré par une branche du droit international public : le droit international économique¹⁰. Pour ce qui est de l'angle micro-économique, les échanges internationaux sont également appréhendés par les acteurs immédiats, les entreprises, à travers des relations juridiques susceptibles de se nouer entre les États ou des émanations d'États.

Il convient de distinguer le droit du commerce international et le droit des investissements étrangers. Du point de vue économique, le commerce international est défini comme

⁷Sentence Texaco, 19 janvier 1977, J.D.I, 1977, p. 350-389.

⁸RONSANVALLON (P.) – *Le capitalisme utopique, Histoire de l'idée de marché*, Seuil. Paris, 1999.

⁹Art. 11§ 1, L'accord de l'Organisation Mondiale du Commerce.

¹⁰AUDIT (M.), BOLLÉ (S.), CALLÉ (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Ed. LGDJ, n°1.

l'échange de biens, de services et de capitaux destinés à l'acquisition d'un actif dans un autre pays étranger. Les investissements sont considérés comme constitués d'opérations de long terme, tandis que le commerce est considéré comme des opérations instantanées de court terme. Cependant, les investisseurs inscrivent leurs activités dans une période longue et le profit qu'ils recherchent est à plus long terme. Au contraire, le profit visé par les commerçants est rapide, comme la vente.

En effet, le droit des investissements étrangers a pour but de réagir, tout au moins en partie, une opération du commerce international, comme l'obtention d'un actif dans un autre État étranger, domaine qui connaît une révolution depuis la fin du XX^{ème} siècle. Cependant, ce droit est composé de règles relatives à la réglementation des investissements étrangers intervenant sur le territoire d'un État mais opéré depuis un autre État. En outre, la protection juridique dont peuvent bénéficier ces mêmes investissements à l'encontre de l'État-hôte, si celui-ci tente de violer ou d'y porter illégitimement préjudice, sera l'objet de notre étude.

Le droit des investissements étrangers comporte diverses branches de droit public comme de droit privé. La protection des investissements étrangers est née sous les auspices du droit international public, et également sous le droit interne de chaque État-hôte, sans oublier, toutefois, le droit de l'arbitrage qui joue un rôle essentiel.

Tout d'abord, il existe des tentatives sur le plan du droit international, de définir la notion d'investissement, par exemple, la convention de Washington de 1965 ; notons que de nombreux instruments internationaux sont consacrés à cette opération d'investissements. La convention de Washington ayant créé le Centre International pour le Règlement des Différents des Investissements (CIRDI), selon l'article 25 (1), définit l'investissement, qui fixe la compétence du centre, de la manière suivante : « la compétence du centre qui s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investisseur.¹¹ »

¹¹La convention de Washington du 18 mars 1965, Art.25 (1).
DE NANTEUIL (A.), Droit international de l'investissement, Ed. PEDONE, A. P.158.

À son tour, le Traité Bilatéral International (TBI) propose une définition des investissements, ce qui est logique, dans la mesure où la notion commande l'étendue de leur champ d'application matériel, par exemple, l'étendue de la protection qu'ils prévoient¹².

La protection des investissements peut être définie comme l'ensemble des principes et des règles de droit international, comme de droit interne, ayant pour objet et pour effet d'empêcher et de réprimer toute atteinte publique à l'existence ou à la consistance des investissements étrangers dans les pays qui les accueillent.

Il convient d'expliquer que les traités de protection des investissements sont très nombreux, pouvant atteindre plusieurs milliers. D'une manière générale, tous les traités se rejoignent ; en fait, ils définissent l'investissement comme tout type de possession (« *every / any kind of asset* ») avant d'énumérer les qualités requises pour que de tels avoirs puissent être qualifiés d'investissements et assortir éventuellement cette définition générale d'une liste d'illustrations. C'est précisément sur les qualités des avoirs et sur les illustrations que les traités se distinguent entre eux.

Selon la CNUCED, les investissements peuvent revêtir cinq formes, à savoir les biens meubles ou immeubles et les droits qui y sont attachés, tout type d'intérêts dans les compagnies à commencer par les actions ou les obligations, ainsi que toute forme de participation financière, qui peuvent être aussi appelées investissements indirects étrangers, qu'il s'agisse de créances contractuelles ou non, ayant une valeur financière de droit de propriété intellectuelle ou encore de droits détenus en vertu d'un contrat, comme le contrat de concession. Chacune de ces possessions sont suivies d'une liste d'exemples destinée à ouvrir les hypothèses pour les opérations d'investissements. Nous pouvons trouver cette pratique dans le traité bilatéral de protection signé entre la France et le Venezuela, dont le premier article dispose ainsi :

« 1 – Le terme investissement désigne tous les avoirs tels que les biens, les droits et intérêts de toute nature, et plus particulièrement mais non exclusivement :

a – Les biens meubles et immeubles, ainsi que tous les autres droits réels tels que les hypothèses, privilèges, usufruits, cautionnements et droits analogues ;

12MORAND (C.) « *Le Droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformations* », dans LOQUIN (E.) ; KESSEDJIAN (C.) *La mondialisation du droit*, Ed. Litec, Dijon, 2000, p.81.

b – Les actions, primes d’émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l’une des parties contractantes ;
c – Les obligations, créances et droits à toute prestation ayant une valeur économique ;
d – Les droits de propriété intellectuelle, commerciale et industrielle tels que les droits d’auteur, brevets d’invention, licences, marques déposées, modèles et maquettes industrielles, procédés techniques, savoir-faire, ainsi que les noms déposés et la clientèle ;
e – Les concessions accordées par la loi ou en vertu d’un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l’extraction ou l’exploration de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans la zone maritime des parties contractantes.¹³ »

Il importe de distinguer les investissements directs étrangers des investissements indirects étrangers, les investissements directs étant plus sensibles que les indirects. Rappelons également que ces derniers n’ont pas une influence directe sur l’activité économique. L’investissement indirect est l’achat d’actions ou de titres de participation, afin de constituer un portefeuille d’obligations, et, par conséquent, de tirer profit de la hausse des titres acquis. (Nous pouvons affirmer que ce sont les investissements directs qui contribuent le plus au développement de l’économie). Un investissement est considéré comme direct lorsqu’il est constitué de biens ou de capitaux mis à la disposition d’une entreprise commerciale ou industrielle par le propriétaire de ces biens ; ainsi l’investisseur assure de manière active la gestion de cette entreprise, dont il endosse la responsabilité financière.

Les formes d’investissements étrangers se sont diversifiées à la fin du XX^{ème} siècle. La diffusion des innovations technologiques à travers le monde entier a ainsi conduit les producteurs de technologies à se protéger contre les contrefaçons des brevets et les atteintes au droit d’auteur. Le regroupement des sociétés transnationales mondialement connues a conféré une grande valeur à certaines marques qui se sont associées à des produits de grande qualité et qui sont les plus demandés. En effet, la réglementation de la propriété intellectuelle est devenue une question importante tant en droit interne qu’en droit international. Nombre de pays développés, qui avaient concentré leurs ressources productives dans le secteur manufacturier au XIX^{ème}, ont alors commencé à en redéployer une grande partie vers le secteur des services. Dans cette perspective, l’amélioration de la communication et des transports a permis aux fournisseurs de services de faire des offres à des clients venus de pays

13CNUCED, Bilateral investment treaties 1999-2006 : Trends in investment rulmaking, p.8.

étrangers (CNUCED, 2004). D'une part, cela montre la création de nouvelles modalités d'investissement dans des pays étrangers ; d'autre part, on assiste à une à une multiplication des actifs étrangers ayant une valeur économique, susceptibles d'être considérés comme des investissements étrangers.

Les investissements étrangers directs (IED) constituant aujourd'hui une forme d'investissement international. Il était fréquent que les biens étrangers dans un autre État prennent la forme de biens corporels et de participations financières dans des projets d'investissements au niveau international. Le droit international a donc pour objet de protéger ces biens contre la saisie et de défendre le droit des créanciers de recouvrer les dettes.

L'impact des groupes de sociétés est relativement complexe et, de plus, de nombreux problèmes sont liés à l'investissement des groupes de sociétés. Selon une vaste définition, l'investissement consiste en la participation soit directe soit indirecte dans une chaîne d'actionnariat, des actifs protégés, pouvant donner lieu à de multiples réclamations. Autrement dit, la société-mère peut structurer ses investissements dans l'État-hôte par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs sociétés de portefeuille intermédiaires établies dans différents pays. Ainsi, dès lors que les pays intéressés ont conclu un accord avec l'État d'accueil, chacune de ces sociétés a le droit de présenter une réclamation.

Il convient ici d'évoquer la relation entre l'investissement indirect, les questions de propriété et le contrôle. La définition fondée sur les actifs englobe divers types d'intérêts au sein des sociétés, y compris sous forme d'actions, qui peuvent être détenues directement ou indirectement. Concernant le groupe de sociétés qui exploitent un réseau de portefeuille et des filiales dont elles sont propriétaires, et sur lesquelles elles exercent leur contrôle, elles constituent, ensemble, une société internationale intégrée. Par conséquent, il est concevable qu'un investissement effectué par une société transnationale comprenne non seulement la filiale constituée localement, celle-ci étant placée sous contrôle étranger, mais aussi la société de portefeuille intermédiaire en tant que propriétaire directe de la filiale.

Ainsi, dans le cas de groupes de sociétés, une entité commerciale du pays d'accueil peut être un investisseur, et dans le même temps, faire partie d'une entreprise qui constitue l'investissement. Les personnes morales qui détiennent des actions dans une de ces sociétés

pourraient également présenter une réclamation fondée sur leurs investissements dans le groupe en tant qu'actionnaires extérieurs¹⁴.

Selon Mathias AUDIT, en droit français, des investissements étrangers seraient souvent liés à une situation géopolitique, notamment l'existence larvée ou déclarée d'un conflit armé ou d'une crise économique.

Il convient ici de faire un bref historique des normes législatives de l'investissement étranger en France. Il est vrai que les réglementations spéciales relatives aux relations économiques internationales ont pu être promulguées au cours des guerres ou des périodes difficiles.

Ainsi, deux décrets du 9 septembre 1939 ont été votés mais ne sont pas des textes spécifiques relatifs à l'investissement international. Le premier était pour prohiber ou réglementer l'exportation des capitaux, les opérations de change, ainsi que le commerce de l'or. Le second était relatif aux avoirs étrangers. Ces deux décrets ont naturellement influencé les relations financières avec les étrangers pendant la seconde guerre.

À la libération, plusieurs ordonnances ont vu le jour, celles-ci ayant eu un effet restrictif : l'ordonnance du 7 octobre 1944 relative au dépôt des devises étrangères et des valeurs mobilières étrangères sur le territoire français, l'ordonnance n°45-85 du 15 janvier 1945 relative au régime des avoirs étrangers en France, et l'ordonnance n°45-86 du 16 janvier 1945 relative au recensement des avoirs à l'étranger.

Cependant, la première loi française visant à réglementer les investissements internationaux n'a été votée que le 28 décembre 1966 ; elle concernait les relations financières avec les étrangers. Son application a été fixée par le décret n°67-78 du 27 janvier 1967 portant nomenclature des investissements étrangers en France et des investissements français à l'étranger soumis à déclaration préalable.

Plus tard, le décret de 1989 avait pour objectif de réduire encore le contrôle sur les investissements étrangers en France¹⁵ et de mettre le droit français en accord avec le droit européen.

¹⁴Collection de la CNUCED consacrée aux accords internationaux d'investissement II.

¹⁵AUDIT (M.), BOLLÉ (S.), CALLÉ (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers* note 38

En 1999, le droit français abandonne le contrôle des changes, comme la réglementation en matière de transfert de paiements et règlements entre la France et l'étranger, établie en 1946 avec la zone franche alors que les conflits de décolonisation débutaient.

À partir de là, le régime juridique des investissements étrangers en France est codifié puis inséré aux articles L151-1 à L151-4 du Code monétaire et financier pour la partie législative et aux articles R153-1 à R153-12 et R165-1 à R165-2 du même code pour la partie réglementaire. Ce régime juridique marque des distinctions qui n'existaient pas auparavant et au premier rang desquelles se trouvait l'opposition entre les investissements directs et les indirects.

En ce qui concerne la notion des investissements étrangers, selon le droit français, l'article R151-1 du Code monétaire et financier prévoit la distinction entre, d'une part l'investissement direct et, d'autre part, l'investissement indirect. En effet, pour l'investissement direct, les articles R152-1, R152-3 et R152-4 considèrent les opérations économiques comme des investissements directs étrangers en France ou français à l'étranger, par lesquelles les résidents ou les non-résidents acquièrent au moins 10% du capital ou 10% des droits de vote, ou encore franchissent le seuil des 10% d'une entreprise résidente ou non-résidente respectivement. Ainsi, la définition statistique des investissements directs concerne toutes les opérations entre entreprises apparentées, de quelque nature qu'elles soient, telles que prêts, emprunts ou dépôts, et les investissements immobiliers.

L'article R152-5 définit les investissements directs étrangers en ces termes :

« a) La création d'une entreprise nouvelle par une entreprise de droit étranger ou une personne physique non résidente ;

b) L'acquisition de tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise de droit français par une entreprise de droit étranger ou une personne physique non résidente ;

c) Toutes opérations effectuées dans le capital d'une entreprise de droit français par une entreprise de droit étranger ou une personne physique non résidente dès lors que, après l'opération, la somme cumulée du capital ou des droits de vote détenus par des entreprises étrangères ou des personnes physiques non résidentes excède 33,33% du capital ou des droits de vote de l'entreprise française ;

d) Les mêmes opérations effectuées par une entreprise de droit français dont le capital ou les droits de vote sont détenus à plus de 33,33% par une ou des entreprises de droit étranger ou une ou des personnes physiques non résidentes. »

En revanche, sont qualifiées d'investissements étrangers indirects, selon l'article R152-5, « les opérations effectuées à l'étranger ayant pour effet de modifier le contrôle d'une entreprise non résidente, elle-même détentrice d'une participation ou de droits de vote dans une entreprise de droit français dont le capital ou les droits de vote sont détenus à plus de 33,33% par une ou des entreprises de droit étranger ou des personnes physiques non résidentes. »

Quant au droit qatari, la loi numéro 13/2000, relative à la régularisation des investissements des capitaux étrangers dans les activités économiques, organise les investissements étrangers au Qatar. Selon cette loi, les investissements non qataris c'est-à-dire étrangers sont comme tous les avoirs, espèces ou matières morales, des droits ayant une valeur financière dans l'État du Qatar ;

« a) Les espèces (capitaux) entrant dans les banques ou les sociétés financières autorisées au Qatar.

b) Les avoirs matériels importés pour l'objectif des investissements en conformité avec les dispositions de cette loi.

c) Les profits, revenus ainsi que les réserves résultant de l'investissement étranger de capitaux en cas d'augmentation du capital d'un projet ou d'investissement pour un autre projet autorisé par les dispositions de cette loi.

d) Les droits moraux comme les autorisations, les brevets et les marques commerciales enregistrées au Qatar. »

Comme il a été souligné, la France a signé des traités en matière d'investissement international avec plusieurs Etats. Le Qatar ne fait pas figure d'exception d'autant plus que les relations commerciales et culturelles entre la France et le Qatar ont toujours été très étroites de sorte que plusieurs conventions et accords ont été signés entre ces deux Etats.

Le 22 octobre 1977, un accord de coopération culturelle et technique¹⁶ a été signé entre les deux Etats. Cet accord a jeté les bases d'une consolidation plus intense des relations franco-qataris.

C'est dans cette lignée qu'une convention fiscale en vue d'éviter les doubles impositions a été signée entre la France et le Qatar le 4 décembre 1990. Un accord sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Qatar portant interprétation de la convention fiscale du 4 décembre 1990 a été signé le 12 janvier 1993, renforçant ainsi davantage les intérêts des investisseurs français au Qatar et ceux des investisseurs qataris en France.

L'accord de coopération entre les deux Etats dans le domaine de la jeunesse et des sports du 8 juillet 1996¹⁷ a également contribué au renforcement des liens d'amitié qui lient ces deux Etats depuis plusieurs années. L'article 1er de cet accord stipule par ailleurs que son objectif est de contribuer à soutenir et à développer les relations d'amitié entre la France et le Qatar.

Conscients que l'encouragement et la protection des investissements sont propres à stimuler les transferts de capitaux et de technologie entre la France et le Qatar dans l'intérêt du développement économique des deux pays, un autre accord a été signé à Doha le 08 juillet 1996 entre la France et le Qatar sur l'encouragement réciproque des investissements. La loi n° 99-981 du 01 décembre 1999 autorisant l'approbation de cet accord a abouti au décret n° 2000-775 du 01 août 2000 pourtant publication dudit accord¹⁸.

Cet accord souligne le désir des Etats français et qatari de renforcer la coopération économique entre eux et de créer des conditions favorables pour les investissements français au Qatar et du Qatar en France.

16 Accord de coopération culturelle et technique entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Qatar signé à Doha le 22 octobre 1977.

17 Accord de coopération entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Qatar dans le domaine de la jeunesse et des sports signé à Doha le 8 juillet 1996.

18 Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Qatar sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements signé à Doha le 8 juillet 1996.

Cet accord a apporté encore plus de précisions aux termes figurant dans le Code de commerce.

Ainsi, il ressort de l'article 1er de cet accord et pour son application que :

« 1. Le terme « investissement » désigne tous les avoirs tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures et plus particulièrement mais non exclusivement :

a) Les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnements et droits analogues ;

b) Les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes ;

c) Les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant valeur économique ;

d) Les droits de propriété intellectuelle, commerciale et industrielle tels que les droits d'auteur, les brevets d'invention, les licences, les marques déposées, les modèles et maquettes industrielles, les procédés techniques, le savoir-faire, les noms déposés et la clientèle ;

e) Les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans la zone maritime des Parties contractantes.

Il est entendu que lesdits investissements doivent être ou avoir été réalisés conformément à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est effectué, avant ou après l'entrée en vigueur du présent Accord.

Toute modification de la forme d'investissement des avoirs n'affecte pas leur qualification d'investissement à condition que cette modification ne soit pas contraire à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est réalisé.

2. Le terme d' « investisseurs » désigne tout national ou société ou le Gouvernement de la République française ou de l'Etat du Qatar.

3. Le terme de « nationaux » désigne les personnes physiques possédant la nationalité de l'une des Parties contractantes.

4. Le terme de « sociétés » désigne toute personne morale constituée sur le territoire de l'une des Parties contractantes, conformément à la législation de celle-ci et y possédant son siège social ou contrôlée directement ou indirectement par des nationaux de l'une des Parties contractantes ou par des personnes morales possédant leur siège social sur le territoire de l'une des Parties contractantes et constituées conformément à la législation de celle-ci.

5. Le terme de « revenus » désigne toutes les sommes produites par un investissement, telles que bénéfices, redevances ou intérêts, durant une période donnée.

Les revenus de l'investissement et, en cas de réinvestissement, les revenus de leur réinvestissement jouissent de la même protection que l'investissement.

6. Le présent Accord s'applique au territoire de chacune des Parties contractantes ainsi qu'à la zone maritime de chacune des Parties contractantes, ci-après définie comme la zone sur laquelle elles ont, en conformité avec le droit international, des droits souverains et une juridiction aux fins de prospection, d'exploitation et de préservation des ressources naturelles »

Conscients que le tourisme « constitue un facteur essentiel du développement économique et un moyen de renforcer l'entente entre les Etats », la France et le Qatar ont signé un accord-cadre de coopération en matière de tourisme le 14 janvier 2008 à Doha¹⁹. Cet accord a pour objectif de mettre en place des conditions favorables à la coopération à long terme dans le domaine du tourisme dans l'intérêt commun des deux Etats.

Le Qatar a effectivement développé une stratégie pour le développement du tourisme en proposant, par l'intermédiaire de la Qatar Development Bank, des financements à des taux préférentiels. La Coupe du Monde 2022 de la FIFA est par ailleurs un événement scrupuleusement préparé et attendu car le Qatar préconise la ville de Doha comme un centre de transit entre les continents américains, asiatique et européen, tout en le présentant également comme une plate-forme régionale de congrès. En 2014, l'industrie touristique représentait 2% du PIB pour presque 3 millions de visiteurs.

Dans un contexte d'amitié profond entre la France et le Qatar, un nouvel accord a été signé en 2012 bénéficiant principalement à l'Etat qatari, relatif à la formation en France des médecins spécialistes qatariens²⁰.

19 Accord-cadre de coopération entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Qatar sur la coopération en matière de tourisme signé à Doha le 14 janvier 2008.

20 Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Qatar relatif à la formation en France de médecins spécialistes qatariens signé à Doha le 27 avril 2010.

En matière économique, la plupart de ces accords, de manière générale, ont clairement boosté le marché des affaires entre la France et le Qatar et ont contribué à faire de la France le deuxième partenaire commercial du Qatar. A titre d'exemple, les exportations françaises vers le Qatar ont augmenté de 31% en 2014 et de 25% en 2015 et l'excédent commercial enregistré par la France s'élève à plus de 2 milliards d'euros faisant ainsi du Qatar le cinquième excédent commercial de la France en 2014²¹.

Avec l'accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements, le Qatar a également fortement implanté sa présence en France dans divers domaines, dont principalement l'hôtellerie, le sport et l'infrastructure. Par ailleurs, de nombreuses réformes ont eu lieu au Qatar afin de maintenir le taux de croissance malgré la baisse du cours des hydrocarbures durant ces dernières années. Il est ici intéressant de rappeler que l'économie du Qatar dépend majoritairement de l'exportation du pétrole et du gaz.

Cependant, le secteur non-énergétique a tout aussi connu une croissance fulgurante au cours de ces dernières années et avoisine dorénavant 40%²² de la composition du produit intérieur brut (PIB). La diversification de l'économie a incontestablement eu pour effet d'attirer les investisseurs tant locaux qu'étrangers et cela a eu pour effet de propulser l'économie du Qatar.

La Qatar National Bank (QNB) a vu son activité croître à un tel rythme qu'elle s'est même implantée dans plusieurs Etats. Présente en France depuis 1978, soit depuis 40 ans, la QNB est aujourd'hui la banque par excellence qui accompagne les investisseurs français au Qatar.

Cette ascension rapide du taux de croissance a fait réaliser au Qatar la nécessité d'avoir des compétences pointues dans les divers domaines et dont il ne disposait pas. C'est pourquoi le Qatar a graduellement assoupli sa législation pour s'ouvrir investisseurs étrangers afin de bénéficier du savoir-faire de ces derniers. La législation a également été fortement assouplie pour permettre aux ressortissants étrangers de résider et de travailler au Qatar, qu'ils soient investisseurs ou travailleurs étrangers. En 2014, la population de résidents de nationalité

21BONIFACE (P.) et MATELLY (S.) « *Les relations économiques entre la France et le Qatar : Des bénéfices mutuels* », Mars 2016.

22 39% selon le rapport « *Qatar in figures 2017* » - www.mdps.gov.qa

étrangère au Qatar était de 1 991 672 alors que les résidents de nationalité qatarie étaient au nombre de 300 000.

De manière générale au Qatar, les investisseurs étrangers peuvent investir dans tous les secteurs de l'économie nationale, à condition qu'ils aient un ou plusieurs associés qataris ayant au moins 51% du capital, comme le prévoit le paragraphe 1, de l'article de la loi 13/2000. Selon le paragraphe 2 de la même loi, les investisseurs étrangers, après que le ministre du Commerce et de l'Économie ait donné son autorisation, peuvent investir de 49% à 100% du capital, c'est-à-dire sans associés qataris, dans les cas suivants : agriculture, industrie, santé, éducation, tourisme, développement et exploitation des ressources naturelles, énergie, exploitation minière et services consultatifs, services technologiques et de l'information technique et culturelle, sport, activités de loisirs et de distribution.

Afin de stimuler les revenus non énergétiques, le gouvernement qatari a, en janvier 2018, approuvé un projet de loi permettant aux investisseurs étrangers de détenir l'intégralité des parts d'une entreprise. Les investisseurs étrangers pourront ainsi détenir l'intégralité des parts des sociétés dans quasiment tous les secteurs économiques mais ne pourront pas cependant acquérir des biens immobiliers ou des franchises. Néanmoins, concernant le secteur financier ou des assurances, une autorisation spéciale du gouvernement Qatari devra être obtenue.

Le droit des investissements étrangers en France et dans les pays du Golfe, constitue sans doute aujourd'hui l'un des secteurs les plus dynamiques de l'économie internationale et nationale.

Il faut dire qu'il existe une jurisprudence en constante expansion, développée par les tribunaux arbitraux susceptibles d'être directement saisis par les opérations privées. Ce droit des investissements est porteur d'un enjeu, non seulement économique et national, mais aussi international. Car seul un système normatif suffisamment protecteur et respectueux des intérêts des investisseurs comme des États permet d'envisager le développement d'activités durables avec de grandes performances économiques²³.

23 DE NANTEUIL (A.) *Droit international de l'investissement. op. cit.*

Le droit international et national des investissements étrangers repose sur la protection des opérations économiques réalisées par des personnes privées comme des personnes publiques, à l'étranger, en apportant aux premières une protection vis-à-vis de l'État, par différents types de protection, que ce soit au niveau national ou international, par exemple, par la législation de l'État-hôte, les traités bilatéraux et multilatéraux, des contrats comme le contrat d'État international.

Par exemple, une entreprise étrangère qui investit dans un pays qui n'est pas le sien peut faire face à un certain nombre d'aléas. Les exemples récents du Venezuela et de la Bolivie, qui ont respectivement nationalisé leur industrie gazière et pétrolière, montrent bien le type d'incertitude que peuvent subir ces entreprises au gré des changements politiques ou sociaux.

Effectivement, une entreprise partie à un contrat d'État conclu avec un pays étranger, afin d'exploiter le plus souvent des ressources naturelles, est particulièrement vulnérable à ces changements du fait de l'enjeu notamment financier, que peuvent représenter ces ressources. Il va de soi que dans ce contexte, l'investisseur privé, lorsqu'il négociera son contrat avec l'État, souhaitera se protéger au mieux contre ces circonstances imprévues.

Les contrats conclus avec les clauses de stabilisation et de renégociation sont, dans ce cas des outils qui se retrouvent aujourd'hui dans la plupart des contrats d'exploitation minière et pétrolière, sous une forme qui a pu évoluer. La clause de stabilisation est une clause prévoyant le gel du droit applicable au contrat ou l'impossibilité pour l'État de porter atteinte au contrat (en le modifiant par exemple). Il s'agit là d'une clause d'intangibilité. La clause de renégociation, en revanche, prévoit que, lorsque surviennent certaines circonstances déterminées, les parties devront renégocier leur accord afin de prendre en compte ces nouveaux événements.

Il convient toutefois de noter tout au long de cette étude, que la présence ou l'absence de ces clauses reflètent le rapport de force, comme dans tout contrat, entre l'État d'accueil de l'investissement et l'investisseur étranger. Ainsi, un État en position de force pourra plus aisément imposer ses vues aux investisseurs ; tel est le cas de la Norvège dont les contrats d'exploitation pétrolière n'ont jamais comporté de telles clauses.

La volonté d'attirer les investissements étrangers afin de diversifier les ressources nationales figure au cœur des politiques économiques des pays du Golfe, et notamment du Qatar.

En effet, si, actuellement, les hydrocarbures (pétrole et gaz) constituent dans ces pays, les principales ressources, leur valeur fluctue parfois très brutalement sur les marchés ; mais surtout, ce type de ressources s'épuise.

Cette recherche d'une plus grande attractivité passe par la mise en place de mesures incitatives qui facilitent l'investissement tout en garantissant sa protection.

Le sujet de cette étude porte sur la protection des investissements étrangers à travers un contrat international d'État, pratique contractuelle régissant les rapports entre une partie étatique et une partie privée, ainsi que sur la législation et les accords internationaux en matière d'investissements étrangers. Cette étude consistera à comparer le droit français et le droit du Qatar.

L'intérêt de cette thèse.

L'investissement étranger est devenu un des facteurs-clés pour l'économie nationale et internationale en France comme au Qatar. Premièrement, au Qatar, le droit des investissements est en train de se développer, notamment pour ce qui est de la protection des investissements étrangers et de son régime juridique. Cependant, à travers le droit français des investissements et le régime juridique de la protection des investissements étrangers, nous voulons, en étudiant la branche du droit qatari traitant du même sujet, aboutir aux résultats comparatifs des points forts et faibles pour les législations des deux pays. Deuxièmement, la nécessité d'accélérer le développement économique et la politique de la diversité de l'économie au Qatar, mérite d'approfondir une recherche en droit et en protection des investissements étrangers dans les deux pays soumis à l'étude.

En conséquence, il importe dans un premier temps d'analyser les caractéristiques du droit international de l'investissement (I) et dans un second temps, d'aborder la protection des investissements France-Qatar (II).

Première Partie : Les caractéristiques du droit international de l'investissement.

La notion d'investissement étranger est en réalité une notion économique dont les caractéristiques méritent une attention particulière. Les définitions juridiques sont venues bien plus tard tenter de combler les vides qui existaient dans un domaine où les affaires commerciales prospéraient déjà.

De manière générale, les investissements étrangers, représentent une opération opposée à l'acte de consommation, qui signifie un rapport et sa durée dans le temps. Cependant, l'intégration de la notion économique d'investissement étranger, dans la réglementation juridique permet aux opérateurs économiques de déterminer le champ d'application du droit, avec des précisions sur les conditions d'intégrer et accueil de l'investissement et de son système juridique.

Pendant le vingtième siècle, le concept d'investissement étranger a beaucoup changé. Cependant l'évolution de la notion d'investissement, est représentative des modifications économiques et politiques²⁴.

En principe, tous les Etats sont compétents pour régler les investissements provenant des autres Etats étrangers. Selon la charte des droits et devoirs économiques des Etats, adoptée le 12 décembre 1974 par l'assemblée générale des Nations Unis, prévoit en reconnaissant expressément à chaque État le droit de « régler les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux »²⁵.

24BENCHENEB (A.) – « Sur l'évolution de la notion de l'investissement », dans LEBEN CH. ; LOQUIN (E.), SALEM (M.).

25Art. 2, § 2, a, la charte des droits et devoirs économiques des Etats, UN. Doc. A/9631-1974.

Pour le reste, comme la phase initiale de l'investissement étranger qui est le transfert de capitaux, selon l'article VI, section 3, des statuts de FMI, c'est une compétence de principe de l'Etat d'accueil de l'investissement, aux termes duquel « les Etats membres pourront exercer tous les contrôles nécessaires pour régler les mouvements internationaux de capitaux »²⁶.

En principe, les Etats hôtes sont donc compétents pour régler les flux d'investissements à destination de leurs territoires ou en provenance de ceux-ci. Mais les règles de droit internationaux, peuvent limiter une compétence de principe de droit national d'un Etat accueillant les investissements étrangers. En outre, comme il a été souligné, les Etats peuvent avoir des relations conventionnelles avec un ou plusieurs autres Etats afin d'établir les règles qui encadreront les échanges transnationaux entre eux. Au niveau régional, l'appartenance d'un Etat à une intégration régionale peut également entraîner la mise en œuvre de règles spécifiques comme tel est le cas de l'Union européenne et du Conseil de Coopération des pays de Golfe (CCG).

Il convient en conséquence d'analyser le système du droit international des investissements étrangers (**Titre 1**) ainsi que les agents du droit international de l'environnement (**Titre 2**).

26 Art VI, Section 3, Statuts de Fond Monétaire International.

Titre 1 – Le système du droit international de l'investissement.

Le libre échange économique et le déclin du protectionnisme économique ont contribué à la mondialisation de l'économie. Les consommateurs s'adonnent aujourd'hui à des transactions simultanément alors même que des milliers de kilomètres les séparent, et très souvent même, ils ne se connaissent pas, ne sont pas de la même nationalité et ne parlent pas la même langue. Les relations commerciales ont indubitablement contribué à l'interdépendance des économies étatiques de manière progressive, avec une croissance encore plus rapide avec l'avènement d'internet.

Si en principe toutes les règles de droit national d'un l'Etat hôte sont nécessairement applicables aux investissements étrangers, les règles de droit international peuvent également sont également applicables aux investissements étrangers, par la voie de traités internationaux, bilatéraux et multilatéraux ainsi que par les règles générales de droit applicables aux investissements internationaux. Ces instruments internationaux peuvent même parfois établir des dérogations aux règles générales de l'État hôte. C'est pourquoi il convient de s'intéresser aux origines du droit international des investissements étrangers (**Chapitre 1**) et à l'encadrement juridique des investissements étrangers (**Chapitre 2**) tout en portant une attention particulière aux normes françaises et qatariennes.

Chapitre 1 – Les origines du droit international des investissements.

Les relations commerciales transnationales ont toujours existé. La découverte de nouveaux continents et de nouvelles civilisations a certes contribué aux bases de l'investissement sur le plan international, mais c'est sans doute après la seconde guerre mondiale et les accords de Bretton Woods que les choses ont vraiment évolué. S'en ont par la suite suivi de multiples d'autres accords internationaux et de nombreuses institutions internationales ont ainsi vu le jour.

Il peut aujourd'hui être fait référence à la notion d'investissement direct étranger (IDE) et à celle d'investissement de portefeuille. La notion d'IDE est celle qui a été retenue par les principales organisations internationales telles que l'Organisation de Développement et de

Coopération Economique (OCDE), la Banque Mondiale, le Fonds Monétaire International (FMI), voire la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED). Il en est de même pour les législations nationales, comme c'est le cas de la France et celui de pays de Golfe dont le Qatar. Il convient ainsi d'analyser le régime des investissements étrangers (**section 1**) avant d'appréhender la notion de « Contrat d'Etat » qui est un des instruments juridiques apportant certaines clarifications sur le régime des investissements étrangers et ses caractéristiques (**section 2**).

Section 1 - Le régime des investissements étrangers.

Il existe deux types de définitions des investissements étrangers. En droit national, la définition peut être apportée tant par les lois et règlements codifiés que par la jurisprudence. En droit international, la définition est surtout apportée par les conventions et traités bilatéraux, multilatéraux et internationales. C'est pourquoi il importe de tenter d'appréhender cette notion d'investissement étranger (§ 1). Le fait d'aborder la question de la protection diplomatique des investisseurs étrangers dans un second temps, va nous permettre de déterminer la portée du droit international dans les caractéristiques du droit des investissements (§ 2).

§1 - La notion d'investissements étrangers.

Il convient dans un temps de parler de la notion économique « d'investissements étrangers » (A) avant d'aborder le périmètre juridique, donné par le droit international des investissements étrangers (B) qui repose tant sur la notion d'investissements étrangers strictement parlant comme sur celle du commerce international.

A. La notion économique d'« investissements étrangers ».

Les opérations économiques internationales s'incarnent dans un échange ponctuel entre les opérateurs, qui ont objectif d'impliquer la prise d'un intérêt durable sur un marché national étranger. Ainsi, l'opération n'est plus un simple échange marchand mais devient investissement international.

Pour les Etats hôtes, les investissements sont généralement très utiles pour leurs économies nationales. C'est pour cette raison que les Etats, ont généralement la volonté d'ouvrir leurs frontières et autoriser ainsi plus de capitaux pour arriver sur leurs sols de capitaux, de biens et services, et le savoir faire des pays développés. En revanche, ces investissements étrangers peuvent être susceptibles de se matérialiser par le truchement des règles de droit privé très divers car il s'agit de la création d'une société commerciale dans le pays d'accueil ou procéder à l'acquisition totale ou partielle d'une entreprise nationale. En outre, la fusion transfrontalière est également une des formes d'investissements étrangers, de même que l'implantation d'une succursale, la création d'un bureau ou l'exploitation d'une marque ou d'un brevet²⁷.

Nous n'oublions pas la place importante des investissements dans les nomenclatures des mouvements de capitaux. Ces nomenclatures distinguent implicitement les investissements directs et investissements autre que directs²⁸. C'est l'investissement direct, qui fait l'objet d'une définition. Pour les investissements autres que directs s'éparpillent en diverses rubriques, qui rendent plus difficile à les définir. Par contre, l'investissement direct se définit, par la combinaison de plusieurs éléments constitutifs ; (1) l'existence d'un apport en capital, (2) l'établissement de liens durables de fait de cet apport, (3) la possibilité d'exercer soit le contrôle, soit une réel sur la gestion de l'entreprise investis du fait de l'établissement de ces liens durables.

Donc, à l'opposition des investissements indirects, les investissements directs sont caractéristiques, par le contrôle de l'entreprise, ou de la réelle influence sur la gestion de l'entreprise. En revanche, l'acquisition de valeurs mobilières ne constitue un investissement direct que si elle satisfait cette exigence. Si l'acquisition ne porte que sur un petit nombre de titres, ne permettant ainsi pas à l'investisseur de prendre le contrôle de l'entreprise, ni d'exercer une réelle influence sur la gestion de cette entreprise, alors, nous considérons que l'investissement est autre que direct (indirect), comme l'investissement de portefeuille.

27AUDIT (M.), BOLLE (S) et CALLE (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*. 2014 LGDI. p.219.

28 Le code de la libération de mouvement des capitaux adoptés par L'OCDE le 12 décembre 1961, amendé par plusieurs reprises, annexe A (liste de la libération), liste A (investissement direct). Et la directive n° 88/361/CEE du 24 janvier 1988.

Lorsqu'un Etat ou une entreprise investit, il/elle va « augmenter le stock des moyens de production (machines, équipements de tous types) et développer les infrastructures, l'acquisition de connaissances et la formation des hommes²⁹. L'objectif de l'Etat ou de l'entreprise est de faire augmenter et renouveler le capital.

Cette définition est purement économique et décrit un élément factuel, voire une réalité sociale, sans aucune volonté de réglementer l'activité. Les organisations non-juridiques ont défini l'investissement international de manière descriptive à des fins statistiques notamment, ce qui notamment le cas de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) qui publie annuellement le *World Investment Report*, un rapport qui détaille l'afflux des investissements dans le monde. Toutefois, il existe un consensus sur les deux notions que sont « Investissement Direct Etranger » et « Investissement de Portefeuille ».

La définition apportée par le Fonds Monétaire International est assez proche de celle retenue par l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE).

Le premier définit les IDE comme « *a category of cross-border investment associated with a resident in one economy having control or a significant degree of influence on the management of an enterprise that is resident in another economy* »³⁰.

La définition retenue par l'OCDE rejoint celle du FMI car elle considère que l'investissement direct « *est un type d'investissement transnational effectué par le résident d'une économie (l'investisseur direct) afin d'établir un intérêt durable dans une entreprise (l'entreprise d'investissement direct) qui est résidente d'une autre économie que celle de l'investisseur direct* »³¹.

Pour qu'il y ait investissement direct étranger, les deux institutions (FMI et OCDE) estiment que l'investisseur doit contrôler au moins 10% du capital de l'entreprise implanté dans le pays hôte. Dans le cas contraire (le contrôle du capital s'élevant à moins de 10%), les deux institutions parlent alors d' « *investissement de portefeuille* ». Un investissement de portefeuille est nécessairement un investissement minoritaire.

29 Investissement : Dictionnaire des sciences économiques : Armand Colin, 4e éd. 2013.

30 Balance of Payments Manual : IMF, 6e éd. 2009, n° 6.8, p. 100.

31 OCDE, Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux : OCDE, 4e éd. 2008, p. 17.

Comme expliqué, la définition économique est purement descriptive car elle ne règlemente pas l'investissement étranger. Encore moins vient-elle encourager ou garantir les acteurs et les opérations d'investissements étrangers. C'est pourquoi il est essentiel d'essayer d'appréhender la définition légale qui elle, est prescriptive et vient encadrer les opérations d'investissements étrangers.

B. La notion juridique d'investissement étranger.

Comme il a été décrit, le mot « investissement » provient de la science économique. Il s'agit d'un terme technique et on pourrait laisser supposer qu'il n'existe qu'une seule définition juridique de ce terme. La définition ne serait qu'une traduction de la notion économique sans tenir compte de la fonction de droit, qui n'est pas basé dans l'ordre positif, mais dans l'ordre normatif. Une telle affirmation susciterait de nombreuses interrogations tant le champ d'intervention de l'investissement étranger est large et côtoyant divers systèmes juridiques.

La question pourrait se poser tout d'abord sur le pourquoi de l'existence d'un droit international des investissements ? Sans doute est-ce parce que ses auteurs sont les Etats alors que les investisseurs peuvent être des personnes physiques et morales (sociétés multinationaux, etc...). Ces acteurs ont, en cette matière, des devoirs et des droits. Ils doivent préciser son contenu par les instruments qui la régissent. Avant d'aborder la question des instruments juridiques nationaux (le cas des droits français et qatari) d'une part, et d'autre part, internationaux et conventionnels définissant la notion des investissements étrangers, qu'il s'agisse de conventions multilatérales et bilatérales, il importe de rappeler que les notions d' « investissement direct étranger » et « investissement de portefeuille », ont été citées par les grandes institutions et organisations internationales comme FMI, l'OCDE à des fins principalement statistiques. En effet, il n'existe aucune définition à portée générale de l'investissement étranger³². La matière est éminemment éclatée, car il y a une multitude de définitions juridiques de la notion d'investissement, définie par différents textes internes ou internationaux qui l'appréhendent. Donc, à chaque texte relatif aux investissements étrangers correspond une définition de cette notion qui lui propre...

32AUDIT (M.), BOLLE (S) et CALLE (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*. 2014 LGDI, § 260, p.230.

La Convention de Washington du 18 mars 1965 avait reconnu la notion d'investissement étranger en établissant le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investisseurs (CIRDI), sans pour autant définir la notion d'investissement étranger. Le CIRDI avait été établi pour le règlement des différends en relation direct avec un investissement. La notion d'investissement n'étant pas définie par ladite convention, il était laissé aux acteurs (Etats, entreprises, etc) l'appréciation de la notion d'investissement étranger.

En conséquence, plusieurs définitions juridiques ont vu le jour soit par les textes internes des Etats, soit par des accords et conventions bilatéraux, multilatéraux et internationaux. L'analyse de plusieurs de ces textes démontre que la définition juridique est souvent plus large que la définition économique apportée par les principales institutions internationales.

La définition juridique de manière générale comprend tant les investissements directs étrangers (IDE) que les investissements de portefeuille. Parfois, l'interprétation de la notion d'« investissement international » par le droit vient englober d'autres opérations qui, d'un point de vue économique, auraient été qualifiées de « transactions commerciales internationales ». Cela a été notamment le cas pour plusieurs types d'opérations qui auraient pu être qualifiées de « transactions commerciales internationales » et qui ont finalement bénéficié de la qualification d'investissement, et ainsi, ont relevé de la compétence du CIRDI comme le détaille sa jurisprudence :

- prestation de services (*T. CIRDI, 6 août 2003, aff. n° ARB/01/13, SGS c/ Pakistan (compétence) : ICSID Rep. 2005, p. 406 ; JDI 2004, p. 257. – T. CIRDI, 29 janv. 2004, aff. n° ARB/02/6, SGS c/ Philippines (compétence) : ICSID Rep. 2005, p. 518*)
- contrat de construction (*Salini Costruttori et Italstrade c/ Maroc, spéc. § 52 : ICSID Rep. 2004, p. 400*).
- acquisition d'un effet de commerce par endossement (*Fedax c/ Venezuela, spéc. § 40 : ICSID Rep. 2002, p. 186*).

1- Les instruments internationaux (conventions, jurisprudence de juridictions internationales).

Tout d'abord, il existe de multiples instruments conventionnels relatifs aux investissements étrangers. Les conventions multilatérales (a) sont les moins nombreuses, dont certaines

seulement ont une portée universelle. En revanche, les conventions bilatérales sont plus nombreuses (b), notamment, les conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements qui occupent le premier rang.

a. Les conventions multilatérales.

Aujourd'hui, il existe deux principales conventions multilatérales à portée universelle. Bien que les deux conventions aient été négociées sous l'égide de la Banque Mondiale, la définition juridique apportée dans chacune n'est pas la même.

Premièrement, la convention de Washington, établie le 18 mars 1965³³ a l'objectif pour le règlement des différends entre Etats et ressortissants d'autres Etats.

Ensuite il existe la convention créant l'Agence multilatérale de garantie des investissements, établie à Séoul le 11 octobre 1985³⁴. La date et le lieu de signature des deux conventions, sont symboliques ; la convention de Washington, a été voulue par les pays du Nord pour soustraire le règlement des différends liés aux comportements des juridictions des pays du Sud, par exemple, les expropriations et nationalisations. La convention de Séoul est une convention qui a été établie par les pays du Sud, pour contrebalancer l'effet de levier qui s'attachait à la possession de systèmes nationaux de garantie par les pays du Nord.

a-I : La convention de Washington.

La convention de Washington pour le règlement des différends entre Etats et ressortissants d'autres Etats, est entrée en vigueur le 14 octobre 1966. Elle était signée par 159 Etats au 30 juin 2015 et ratifiée par 151 d'entre eux³⁵. Ces chiffres montrent que la convention de Washington, jouit d'un degré important d'acceptation internationale, sans pour autant parvenir à l'universalité. L'objet et le but principaux de la convention de Washington, sont mentionnés par son préambule. Cette convention a la vocation de favoriser le développement

33

La convention de Washington, est entrée en vigueur le 14 Oct. 1966. 18 mois entre la date d'adoption et la date d'entrée en vigueur.

34

La convention de Séoul est entrée en vigueur 12 avril 1988, 30 mois après son adoption.

35

Source : Rapport annuel de CIRDI 2015.

de la coopération économique entre les Etats, en reposant en large part sur la promotion des investissements internationaux en traitant les différends entre les Etats d'accueil et les investisseurs privés émanant d'autres Etats. Même, si ces litiges doivent être résolus par la juridiction de l'Etat d'accueil, il peut être approprié dans certains cas, de recourir à des modes de règlement internationaux. Par contre, le recours à ces modes de règlements peut être utile pour l'Etat d'accueil comme pour l'investisseur.

Pour la protection à la fois des intérêts de l'Etat hôte et des intérêts des investisseurs internationaux, c'est l'article 25 de la convention qui est l'une des dispositions les plus importantes car il pose les conditions de compétence, pour que le centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), puisse être saisi d'une enquête en arbitrage ou en conciliation. Parmi ces conditions, figure celle de l'exigence que le différend soit en relation direct avec les investissements. La convention précise la notion d'investissement afin de permettre aux tribunaux arbitraux qui ont à connaître du litige, de se prononcer en toute connaissance de cause sur leur compétence. Au cours du processus de négociation de la convention, il y a eu plusieurs tentatives de définition de la notion juridique d'investissement. La tentative, la plus intéressante, a été la suivante ;

« Aux fins du présent chapitre (investissement) signifie toute contribution en argent ou autre avoirs ayant valeur économique, effectuées pour une période indéfinie, ou, si la période précisée, pour au moins cinq ans »³⁶.

Il est évident que cette définition était proche des conceptions économiques, en reprenant deux éléments mis en lumière par ces dernières, c'est à dire, l'existence d'apport, et la durée pour laquelle cet apport était effectué. Cette proposition a toutefois été rejetée. En outre, aucune des autres tentatives de définitions faites au cours des négociations n'ont pu aboutir.

L'article 25-1, a précisé que les différends devaient présenter une relation directe avec un investissement :

« La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un

³⁶ Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autre Etats, *LITEC*.2004. p44.

investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ».

Toutefois, comme il a été souligné, cet article ne se préoccupe nullement de donner une définition juridique de cette notion. En effet, les rédacteurs de la convention, après les tentatives sans succès, n'ont pas voulu s'aventurer sur ce domaine. Le rapport des administrateurs qui accompagne la convention de Washington donne de cette ambiguïté deux explications, qui sont les suivantes : Article 25-4 « il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme d'investissement, compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle, et compte tenu du mécanisme par lequel les Etats contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient prêts à soumettre au Centre ».

Le consentement est ainsi formé simultanément, de la volonté conjointe ou séparément des deux parties, par des manifestations successives de cette volonté, comme pour le consentement à l'arbitrage. Ce consentement ne peut valoir reconnaissance, par les deux parties, que le différend soit en relation directe avec un investissement. La pratique des tribunaux (CIRDI) le confirme.

A l'étape de l'examen de compétence, il est évident que l'investisseur (partie demanderesse) affirme presque toujours que toutes les conditions de compétence sont réunies, alors que l'Etat, partie défenderesse conteste souvent la compétence du CIRDI en soulevant un déclinatoire de compétence au motif que l'objet de litige ne constituerait pas un investissement. C'est le tribunal arbitral en définitive qui tranchera, en disant s'il existe ou pas un investissement en l'espèce. La manifestation du consentement de s'en remettre au CIRDI ne suffit pas à établir l'existence d'un investissement. Les deux questions sont examinées indépendamment l'une de l'autre, et la constatation qu'il existe bien consentement n'entraîne pas la constatation qu'il y a bien eu investissement³⁷.

L'argument que tirent les administrateurs de l'article 25-4 de la convention de Washington ne convainc pas davantage. Celui relatif à l'inclusion ou l'exclusion, par tout Etat partie à la convention, de telle ou telle catégorie de différend qu'il considérerait comme susceptible ou

37CARREAU (D.) et JUILLARD (P.). *Droit international économique*. 5ème éd., p.470.

insusceptible d'être soumis au centre (CIRDI), n'est également d'aucune pertinence. Dans la catégorie des différends admissibles, l'Etat ne peut inclure un différend qui ne serait pas relatif à un investissement. Néanmoins, un Etat peut exclure de la catégorie des différends admissibles un différend qui serait relatif à un investissement.

La liberté d'inclusion ou d'exclusion qui est possible à tout Etat partie concerne le secteur économique dans lequel l'investissement pourrait avoir lieu. C'est à dire que tout Etat partie aurait la possibilité de décider d'exclure, en ce qui le concerne, de la compétence du CIRDI en lien avec les investissements du secteur de l'énergie. C'est dans ce sens que les Etats membres, ont interprété la disposition de l'article 25. Ce fut le cas de l'Equateur qui a dressé une note le 4 décembre 2007, au secrétaire général, à l'effet de soustraire de la juridiction du CIRDI les différends mettant en cause cet Etat et qui sont relatifs aux investissements dans les secteurs Gaziers et pétroliers³⁸. Les négociateurs de la convention de Washington ont laissé la définition d'investissement à la seule appréciation des tribunaux arbitraux. Ceux-ci nous ont amenés à tenter un rapprochement entre la notion économique et la notion juridique de l'investissement. Les critères par lesquels l'existence d'un investissement suppose, selon l'affaire SILINI, (1) un apport, (2) à moyen ou à long terme, et (3) soumis aux aléas de sa gestion³⁹. Certaines différences subsistent entre la notion économique et la notion juridique de l'investissement. La définition économique composée de trois éléments ; l'apport, la durée et le contrôle, ce dernier élément ne figure pas dans les critères Salini.

En revanche, la définition juridique ajoute un nouvel élément, c'est le risque. Cette définition juridique se rapproche de celle que donnent les législations et réglementations internes du contrat de société mentionnée dans l'article 1832 du Code civil français.

a-II La convention de Séoul.

La convention de Séoul qui a créé l'Agence multilatérale de garantie des investissements, est entrée en vigueur le 12 avril 1988. Cette agence compte au 16 août 2015 de 181 Etats membres, dont 25 pays développés et 156 pays en développement⁴⁰. La convention de Séoul a créé un mécanisme international de garantie contre le risque politique qui pourrait atteindre

38 ICSID. News Release.

39 Affaire Salini Costruttori spa et Italstrade Spa c. Le Royaume du Maroc. N°00/4.

40 <http://www.miga.org/who-we-are/member-countries/>

les investissements des ressortissants d'une autre Etat contractant, pays développé, dès lors que le risque politique soit le fruit de l'action ou de l'inaction d'un Etat contractant qui serait un pays en développement, sur le territoire duquel aurait été implanté l'investissement concerné (d'un ressortissant du pays développé).

L'attention particulière des rédacteurs de la convention suppose la bonne application de la notion juridique de l'investissement qui conditionne la mise en œuvre de la garantie, notamment, du risque assuré (Article 11), comme à celle de l'investissement admissible (Article 12).

L'article 12 de la convention donne une définition de l'investissement mais la stipulation considérée ne couvre pas tous les investissements. Elle distingue clairement entre investissement éligible et investissement non-éligible. Nous pouvons expliquer la distinction, car le but du mécanisme international créé par la convention de Séoul, n'est pas de garantir indistinctement tous les investissements, quel que soit le lieu de leur implantation et encore moins le risque qu'ils y encourent. Le même article de la convention répartit les opérations d'investissements en deux catégories, d'une part, les investissements qui ne sont pas éligibles de plein droit à la garantie et d'autre part, les investissements qui sont éligibles de plein droit à la garantie.

L'inéligibilité des investissements peut être relevé au cas par cas, par une décision du conseil d'administration de l'Agence. On peut dire que selon cette convention et d'un point de vue de la définition juridique donnée, les investissements bénéficient de l'éligibilité de plein droit car l'éligibilité de plein droit doit supposer la fixation préalable de critères d'ordre général qui permettront de distinguer entre les bons investissements, qui répondent à la conception que les économistes se font de l'investissement, et les mauvais investissements sont ceux qui s'écartent de cette conception. C'est pour cette raison que la définition donnée par la convention de Séoul de l'investissement éligible de plein droit est plus étroite que la définition que donne une convention de protection des investissements. L'objet et le but de cette dernière impliquant une définition beaucoup plus large que celle qu'implique un instrument de garantie⁴¹.

41CARREAU (D.) et JUILLARD (P.). *Droit international économique*. 5ème édition p. 472.

Selon l'article 12 de la convention, les investissements éligibles de plein droit sont en deux sous-ensemble :

- D'une part les investissements qui sont réalisés par voie de prise de participation dans le capital de l'entreprise investie, que ces investissements présentent le caractère d'investissement direct ou pas,
- D'autre part, les investissements qui sont réalisés par voie de prise de participation dans le capital de l'entreprise investie, mais seulement si ces investissements présentent le caractère d'investissement direct.

La distinction est celle qu'opère la pratique financière de langue anglaise entre les « equity investments », c'est à dire l'investissement en capital, et les « non-equity investments », investissement autre qu'en capital. Elle peut esquisser une autre distinction plus récente, entre **les formes traditionnelles** de l'investissement et **les formes nouvelles** de l'investissement-ou, d'un terme encore plus imagé, **les formes des habillées** de l'investissement.

Au regard de la convention de Séoul, les éléments pour construire un investissement, sont au nombre de trois et ne varient jamais ; en premier lieu, pas d'investissement sans apport. L'apport peut être soit en espèce, soit en nature, c'est à dire de biens corporels ou biens incorporels. En tout cas, l'apport ne peut pas être en industrie. En deuxième lieu, cet apport doit être inscrit dans la durée. Donc, l'investissement n'est pas une opération spéculative, il faut que l'investisseur sache que la satisfaction qu'il attend de son opération ne peut être que différée. Cependant, la convention de Séoul n'accorde la qualification d'investissement qu'aux seules opérations à moyen ou à long terme. Donc, les opérations à court terme sont exclues du champ de la garantie. En troisième lieu, il en peut y avoir investissement que pour autant que l'investisseur supporte les aléas de l'entreprise, ou du moins partiellement. En outre, la satisfaction que l'investisseur attend de l'opération doit être au moins pour partie, comme facteur de résultat de l'exploitation. C'est ici un critère essentiel car c'est lui qui permet de distinguer entre les arrangements contractuels selon que ceux-ci soient constitutifs d'investissement ou non.

Un exemple simple est la vente des biens d'équipement. Quelques auteurs ont soutenu que certaines opérations de vente des biens d'équipements, compte tenu de leur importance, quantitative, qualitative, pour l'économie de l'Etat acquéreur, devraient être considérées comme des investissements. La convention de Séoul nuance cette proposition : les opérations

de vente de biens d'équipement pourront, selon les cas, constituer ou ne pas constituer des opérations d'investissement. Donc, elles ne sont pas constitutives d'investissement dès lors que la rémunération de l'investisseur est versée par le seul paiement du prix de vente, même si ce prix n'est pas déterminé, mais déterminable, et même si son paiement n'est pas instantané, mais échelonné. Les investissements seront constitutifs, si la rémunération de l'investisseur consiste, pour partie, en le paiement d'un prix, et pour partie, en le versement de montants calculés d'après les résultats financiers de l'exploitation.

Nous avons expliqué des définitions juridiques d'investissements étrangers, expliqués par les conventions multilatérales. Après une crise de confiance frappant les relations d'investissements entre les pays développés (pays du Nord), exportateurs de capitaux, et pays en développement (pays du sud), importateurs de capitaux, une intense activité juridique s'en est suivie et qui développe le droit international des investissements. Bien évidemment, c'est la restauration d'un terrain favorable à l'investissement Nord-Sud, qui avait gravement détérioré la politique d'expropriation et celle de nationalisation faites, de façon systématique, au cours des années 1960 et 1970 par les membres de pays de Sud, au nom de la souveraineté nationale sur les ressources naturelles. Bien évidemment, des pays du sud ont recours par la voie conventionnelle, aux accords bilatéraux, pour effectuer la restauration d'un climat favorable à l'investissement international. Nous allons étudier les définitions juridiques d'investissement au sens des accords bilatéraux internationaux.

a. Les conventions bilatérales.

Tous les accords bilatéraux des investissements doivent contenir une clause intitulée « définitions », qui a pour l'objectif de délimiter la portée de la protection conventionnelle d'investissement, par certains termes précis. Parmi ces termes dont l'interprétation conditionne l'application de ces accords, celui de « l'investissement », est en première place dans la clause de définition. Les accords bilatéraux s'ils contiennent une définition de la notion d'investissement, n'envisagent pas pour autant cette notion dans son acception générale et abstraite pour couvrir toutes les opérations économiques qui peuvent présenter les caractères constructifs de tout investissement : l'apport, la durée et le risque. La définition peut être à la fois analytique et synthétique, ce que d'ailleurs contiennent la plupart des instruments, et procède de façon globale, sans poser aucune limite d'un quelconque ordre à

l'extension du concept. Les instruments s'exposent également au grief d'imprécision, la notion d'investissement s'introduisant dans la notion de bien.

Il convient de ne pas confondre la notion économique d'investissement, considérée de façon générale et abstraite, et la notion juridique d'investissement, définie de façon spéciale par chaque accord bilatéral. En d'autres termes, la notion d'investissement « *protégeable* » peut se révéler plus restrictive que la notion d'investissement, les parties contractantes décidant d'exclure du champ d'application de leur accord telle ou telle opération particulière. L'investissement « *protégeable* », tel qu'elles le définissent, n'épuise pas nécessairement la portée de la notion d'investissement mais il n'est pas sûr que la notion d'investissement, au sens où elle est généralement entendue, coïncide avec l'investissement protégé, tel que défini par les accords bilatéraux.

La plupart du temps, les clauses conventionnelles procèdent de façon identique pour préciser la signification des termes d'investissement. Par exemple, selon le modèle français, en traité bilatéral entre la France et le Qatar, on peut citer la clause suivante ;

« *Pour l'application du présent accord,*

- 1- *le terme « investissement » désigne tous les avoirs, tel que les biens, droits et intérêts de toute nature, et plus particulièrement, mais non exclusivement ;*
- a) *les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels, tel que les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnement, et tous droits analogues ;*
- b) *les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaire ou indirects, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des parties contractantes ;*
- c) *les obligations, créances, et droits à toutes prestations ayant une valeur économique ;*
- d) *les droits de propriété intellectuelle, commerciale, industrielle, telle que les droits d'auteur, les brevets d'invention, les licences, les marques déposées, les modèles et maquettes industrielles, les procédés techniques, le savoir faire, les noms déposés et la clientèle ;*
- e) *les concessions accordés par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans la zone*

maritime des parties contractantes »⁴². Selon la pratique française, cette définition est fondée sur les actifs. »

En effet, la définition ci-dessus, est faite à la fois par voie synthétique et par voie analytique.

Par voie synthétique, en recourant à une proposition d'ordre général, selon laquelle la notion d'investissement : « désigne tous les avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toute nature et, plus particulièrement, mais non exclusivement, l'inclusion des adverbess « particulièrement » et « exclusivement », dans ce contexte, montre que l'énumération des avoirs qui suit cette proposition d'ordre général n'est pas limitative, et que, le cas échéant, elle pourra être complétée, au cas par cas, dans le cadre de l'examen de compétence auquel se livreront les tribunaux arbitraux. Ainsi, c'est donner une extension illimitée à la notion juridique d'investissement.

Par voie analytique, les prendre isolément, rend à chacun la possibilité de bénéficier de la protection conventionnelle. L'énumération et la classification de ces avoirs en cinq rubriques se retrouvent dans la plupart des instruments bilatéraux, et certains instruments multilatéraux. Une distinction doit être faite, selon que l'énumération des avoirs est dite « *asset based* » fondée sur les actifs, ou « *enterprise based* » fondée sur l'entreprise. L'énumération fondée sur les actifs, isole chaque élément qu'elle contient, et considère que chacun de ces éléments est susceptible de bénéficier de la protection conventionnelle. L'énumération sur l'entreprise, considère que le premier des éléments à protéger, c'est l'entreprise et que par conséquent, il n'y a pas lieu de protéger les diverses catégories d'avoirs qui font l'objet de l'énumération conventionnelle si ces éléments ne sont pas concernés à l'entreprise. Les créances, dans la définition de « *asset based* », constituent en elle-même et par elle-même, un investissement ; alors que dans la définition « *enterprise based* », elles ne constituent pas un investissement, si elles ne forment pas partie de l'activité économique d'une entreprise⁴³.

Nous pouvons dire que, si la définition de l'investissement est fondée sur les avoirs « *asset based* », est de portée illimitée, la combinaison de la proposition d'ordre général qui s'y

42Décret no 2000-775 du 1er août 2000 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Qatar sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Doha le 8 juillet 1996.

43CNUCED, Compendium, tome III, P73. Accord de libre-échange Nord-Américain (ALENA), signé le 17 sept 1992, entrée en vigueur le 1 janvier 1994.

trouve posée, et de l'énumération catégorielle qui s'y trouve détaillé, il est clair que l'instrument conventionnelle, a pour objet et pour but la protection de l'ensemble des biens étrangers, que ceux-ci correspondent ou non à la notion économique d'investissement. La définition contenue dans les instruments bilatéraux rate son objectif, puisqu'elle ne parvient pas à isoler les critères qui permettent de distinguer entre biens étrangers et investissement international. C'est donc à la jurisprudence qu'il reviendra de resserrer l'étreinte⁴⁴.

1-La jurisprudence internationale.

Il convient de parler de l'interprétation jurisprudentielle car la jurisprudence joue un rôle très important dans la définition juridique d'investissement. L'interprétation se greffe souvent sur un texte conventionnel et non nécessairement sur l'ensemble des textes conventionnels, notamment ceux qui contiennent un mécanisme de règlement des différends qui offre aux tribunaux compétents, comme aux tribunaux arbitraux, la possibilité de se prononcer sur cette définition. Il existe une relation étroite entre la convention bilatérale et l'arbitrage international représenté par les tribunaux arbitraux. La jurisprudence internationale vient ainsi combler les lacunes du texte conventionnel, en décidant s'il y a ou s'il n'y a pas investissement en l'espèce.

Les tribunaux arbitraux qui se déclarent compétents, doivent se livrer à une double opération. Ils doivent d'abord vérifier que le litige porte sur l'investissement, au sens de la convention bilatérale de protection, et au sens de l'article 25 de la convention de Washington car la définition juridique défini par cet instrument conventionnel est vaste que l'on ne peut concevoir qu'elle ne trouve pas application, quel que soit l'objet du litige considéré. Concernant l'existence du litige relatif à un investissement, au sens de l'article 25 de la convention de Washington, ce qui est la cause de tous autres problèmes, c'est l'absence de toute définition de la nation juridique d'investissement. L'arbitrage d'investissements a été amené à formuler sa propre définition de cette notion juridique et il agit d'une définition qui ne coïncide pas avec celle que donnent les instruments bilatéraux.

44 CARREAU (D.) et JUILLARD (P.). *Droit international économique*. 5ème édition, §1256. P. 477.

Nous devons traiter ici, la décision Salini⁴⁵, qui est importante pour trouver la définition jurisprudentielle de la notion juridique d'investissement, au sens de l'article 25 de la convention de Washington. Il faut souligner que le tribunal arbitral s'abritant derrière la doctrine de droit public, a rendu la décision sur la compétence en date du 23 juillet 2001 ;

Selon le paragraphe 52 de la décision, la doctrine considère généralement que l'investissement suppose des apports, une certaine durée d'exécution du marché, et une participation aux risques de l'opération. La lecture du Préambule de la convention permet d'y ajouter le critère de la contribution au développement de l'Etat d'accueil de l'investissement. En vérité, ces divers éléments peuvent être indépendants. Ainsi les risques de l'opération peuvent être fonction des apports et de la durée d'exécution du marché. Il en résulte que ces divers critères doivent être appréciés dans leur ensemble, même si, pour les besoins du raisonnement, le tribunal les passe ici en revue.

Les trois premiers de ces quatre critères peuvent aboutir à la notion juridique et la notion économique d'investissement. En effet, les critères de décision Salini pour la définition, font l'objet vives controverses entre partisans d'une définition extensive et partisans d'une définitions restrictives de l'investissement. Par exemple, le recours au critère de la contribution économique de l'Etat hôte est bien critiqué, l'arbitrage international tantôt l'approuvant, tantôt le désapprouvant.

D'une part, l'imprécision de ce critère le priverait de toute valeur discriminante pour distinguer entre opération d'investissement et opération autre qu'investissement. A cet égard, on fait notamment valoir qu'il est pratiquement impossible de mesurer l'effet que produit tel ou tel investissement sur le développement économique de l'Etat sur le territoire d'accueil.

L'impossibilité de mesurer cet effet priverait dès lors ce pseudo-critère de toute utilité. D'autre part, ce critère serait inutile, pour la simple raison qu'il se diluerait dans les critères d'apport et de durée, qui sont bien définis. Il est clair, que l'apport soit financier soit en nature constitue toujours une contribution au développement économique de l'Etat d'accueil. Cette contribution sera d'autant plus significative qu'elle sera faite dans une perspective de long terme⁴⁶.

45 Aff. N°ARB/00/4, Salini Costrutti Spa et Itlastrade Spa c. Royamme du Maroc.

46CARREAU (D.) et JUILLARD (P.). *Droit international économique*. 5ème édition §1262, Dalloz.

Dans la sentence de Phenix Action c/ la République Tchèque, la juridiction arbitrale a considéré qu'il n'était pas d'avis de retenir ce critère en soulignant que « *the contribution of an investment to the development of the host state is impossible to ascertain* »⁴⁷. Pour la sentence LESI-Dipenta, il a été bien précisé, le Tribunal prévoyant « qu'il n'est pas nécessaire que l'opération réponde en plus spécialement à la promotion économique du pays, une condition de toute façon difficile à rétablir, et implicitement couverte par les trois éléments retenus »⁴⁸, qui sont l'apport, la durée, le risque. Après avoir traité ces sentences de la jurisprudence, nous voyons que deux grandes tendances, se dégagent de la jurisprudence. D'une part, certaines sentences considèrent que la présence combinée de ces quatre éléments est nécessaire et importants pour caractériser la définition d'un investissement. Ce raisonnement est poussé à son aboutissement car ces décisions expliquent que la combinaison de ces quatre éléments formerait l'ensemble des conditions auxquelles devrait satisfaire toute opération économique pour être qualifiée l'investissement au regard de la convention de Washington.

Ainsi, si tous les quatre éléments étaient réunis, il y aurait un investissement. D'autre part, un certain nombre de sentences récentes proposent une autre solution. Ces sentences reconnaissent que les conditions et critères Salini gardent toute leur pertinence pour aider à déterminer au cas par cas s'il existe ou pas d'investissement. En revanche, elles se refusent à considérer que seule la présence des critères Salini puissent permettre de déterminer avec certitude, ce qu'il en est. C'est pourquoi les rédacteurs de la Convention de Washington ont refusé de préciser la notion d'investissement. On pourrait penser que les arbitres, en réécrivant l'article 25 de la convention de Washington pour des critères de compétence qui ne figurent pas dans ladite convention, méconnaîtraient leur rôle, qui est celui de ne pas de poser des règles générales, destinées à s'appliquer de façon rigide dans tous les cas, mais plus simplement de trancher, cas par cas, les litiges qui leur sont soumis. Les éléments de définition d'investissement dégagés par la sentence Silini, l'apport, la durée et le risque, conservent toutefois leur utilité mais, cette utilité ne peut pas résider dans leur érection en critère de compétence au regard de l'article 25 de la convention de Washington. Ce que nous pouvons comprendre, c'est qu'elles puissent résider dans le fait que le recours à ces éléments de définition pose des limites à l'application inconsidérée de la notion d'investissement,

47 Aff.n-ARB/06/05. Phenix Action Ltd c/ La République tchèque. Sentence de 15 avr 2009. §84-85. p 33-35.

48 Aff.n°ARB/03/08, sentence du 10 janvier 2005, § 13. P 19. Consorzio Groupement Lesi Dipenta c/ République démocratique et populaire d 'Algérie.

quand elle se présente dans une convention bilatérale de protection et promotion. Cependant, il faut les déceler à la lumière des éléments constitutifs de la définition d'investissement telle que donnée par la sentence Silini.

Au regard de la pratique de CIRDI, il convient de traiter la plupart des affaires soumises au CIRDI, afin qu'on puisse approfondir nos connaissances sur la définition des investissements étrangers selon la pratique de la jurisprudence internationale. Nous allons nous arrêter aux seules affaires à l'occasion desquelles la qualification d'investissement a été traitée pour dépeindre l'approche de la notion d'investissement dégagé de la pratique du CIRDI.

Pour la plupart des affaires soumises au CIRDI selon l'arbitrage, un apport peut être caractérisé, soit financier, ou en industrie, en aboutissant à la création par l'investisseur d'une ou plusieurs filiales sur le territoire de l'Etat d'accueil. Un tribunal arbitral composé en vertu des règles de la convention de Washington et saisi sur les fondements d'un TBI dispose de deux textes définissent l'investissement. D'une part, si le TBI exprime la vision subjective de la notion par les parties, la convention CIRDI impose une approche plus objective. D'autre part, nous pouvons considérer que chaque partie peut s'accorder librement sur ce qu'elle entend par investissement. Cependant, l'absence de définition dans la convention de Washington est bien expliquée par la volonté des rédacteurs, en laissant aux parties la plus grande liberté.

En général, la jurisprudence tend à reconnaître que la notion d'investissements dispose à tout le moins d'une base objective, sujette à des ajustements. Certains tribunaux, ont repris les critères Salini en ajoutant d'autres ajustements, en disant notamment qu'ils n'étaient pas nécessairement cumulatifs.

2-Les instruments nationaux (Droit français et Qatari).

Dans notre étude, nous allons traiter en comparant les droits qatari et français pour tenter de comprendre comment les investissements étrangers sont-ils définis ? Tout d'abord, la notion d'investissements étranger dans *le droit français*, est codifié et défini à l'article R151-1 du Code monétaire et financier. Cet article pose une distinction entre, d'une part la notion

d'investissement direct et d'autre part celle d'investissement indirect. Il dispose, en ce concerne l'investissement direct, pour les besoins statistiques codifiés par les articles R152-1, R 152-2, R152-3, R152-4, que les opérations considérées sont des investissements étrangers directs en France ou français à l'étranger, les non-résidents ou des résidents acquérant au moins 10% du capital ou des droits de vote, ou franchissant le seuil de 10% d'une entreprise résidente ou non résidente. Ainsi, la définition statistique des opérations d'investissements directs, entre entreprises apparentées et prêts, emprunts ou dépôts, ainsi que les investissements dans le secteur immobilier.

Selon l'article R152-5, les investissements étrangers en France sont :

« a) La création d'une entreprise nouvelle par une entreprise de droit étranger ou une personne physique non résidente ;

b) L'acquisition de tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise de droit français par une entreprise de droit étranger ou une personne physique non résidente ;

c) Toutes opérations effectuées dans le capital d'une entreprise de droit français par une entreprise de droit étranger ou une personne physique non résidente dès lors que, après l'opération, la somme cumulée du capital ou des droits de vote détenus par des entreprises étrangères ou des personnes physiques non résidentes excède 33,33% du capital ou des droits de vote de l'entreprise française ;

d) Les mêmes opérations effectuées par une entreprise de droit français dont le capital ou les droits de vote sont détenus à plus de 33,33% par une ou des entreprises de droit étranger ou une ou des personnes physiques non résidentes. »

En droit français, les investissements étrangers indirects, sont définis à l'article R152-5 comme étant « les opérations effectuées à l'étranger ayant pour effet de modifier le contrôle d'une entreprise non résidente, elle-même détentrice d'une participation ou de droits de vote dans une entreprise de droit français dont le capital ou les droits de vote sont détenus à plus de 33,33% par une ou des entreprises de droit étranger ou des personnes physiques non résidentes. »

Concernant l'origine de la notion de l'investisseur étranger en droit français, il importe **tout d'abord de rappeler que** le droit français, à travers le code monétaire et financier, distingue les investisseurs étrangers qui proviennent de l'union européenne de ceux qui proviennent de pays tiers. Il existe cependant des dispositions communes, notamment concernant le principe

général posé pour tous les cas, selon l'article L151-1 qui établit la liberté des relations financières avec l'étranger. Ce principe souffre cependant de certaines exceptions qui valent pour tous les investisseurs de certains secteurs. Selon l'article 40 de la loi du 30 septembre 1986⁴⁹, modifiée par la loi du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur⁵⁰, il est prévu que les personnes morales et physiques étrangères ne peuvent détenir plus de 20% du capital social ou des droits de vote dans les assemblées générales d'une société titulaire d'une autorisation relative à un service de radio ou de télévision par voie hertzienne terrestre assuré en langue française. Par contre, l'article 152-5 de code monétaire et financier prévoit comme principe que « tous les investissements étrangers réalisés en France mentionnés aux 5°, 6° et 7° dans l'article 151-1, font l'objet, lors de leur réalisation, d'une déclaration administrative ».

Il s'agit ici, selon l'article 152-5, d'investissements concernant :

«1° La création ou l'extension d'activité d'une entreprise de droit français existante détenue directement ou indirectement par des entreprises de droit étranger ou des personnes physiques non résidentes ;

2° Les accroissements de participation dans une entreprise de droit français détenue directement ou indirectement par des entreprises de droit étranger ou des personnes physiques non résidentes lorsqu'ils sont effectués par un investisseur détenant déjà plus de 50% du capital ou des droits de vote de la société ;

3° La souscription à une augmentation de capital d'une entreprise de droit français détenue directement ou indirectement par des entreprises de droit étranger ou des personnes physiques non résidentes, sous réserve qu'elles n'accroissent pas à cette occasion leur participation ;

4° Les opérations d'investissements directs réalisés entre des sociétés appartenant toutes au même groupe, c'est-à-dire étant détenues à plus de 50% directement ou indirectement, par les mêmes actionnaires ;

5° Les opérations relatives à des prêts, avances, garanties, consolidations ou abandons de créances, subventions ou dotations de succursales, accordés à une entreprise de droit français détenue directement ou indirectement par des entreprises de droit étranger ou des personnes physiques non résidentes qui la détiennent ;

6° Les opérations d'investissements directs réalisés dans des entreprises de droit français

49 Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 dite Léotard relative à la liberté de la communication.

50Loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur.

exerçant une activité immobilière autre que la construction d'immeubles destinés à la vente ou à la location ;

7° Les opérations d'investissements directs réalisés, dans la limite de 1,5 million d'euros, dans des entreprises de droit français artisanales, de commerce de détail, d'hôtellerie, de restauration, de services de proximité ou ayant pour objet exclusif l'exploitation de carrière gravières ;

8° Les acquisitions de terres agricoles ».

La distinction, en droit français des investissements étrangers, entre les investissements des Etats membres de l'Union européenne et ce-aux des Etats de pays tiers pays relève notamment des articles R. 153-1 du code monétaire et financier.

D'une part, pour les investissements étrangers en provenance d'un Etat non-membre de l'union européenne, ils sont définis selon l'article R153-1, de code monétaire et financier, comme les opérations suivantes ; « 1° Soit d'acquérir le contrôle [...] d'une entreprise dont le siège social est établi en France ; 2° Soit d'acquérir directement ou indirectement tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise dont le siège social est établi en France ; 3° Soit de franchir le seuil de 33,33% de détention directe ou indirecte du capital ou des droits de vote d'une entreprise dont le siège est établi en France ».

D'autre part, ce que concernent les investissements étrangers, en provenance d'un Etat membre de l'Union européenne, leur régime est beaucoup plus souple et connaît moins de restrictions. En effet, la définition de l'investissement est la même que pour les investissements d'un pays tiers, sauf pour le 3° concernant le seuil de 33,33%, qui prévoit le franchissement du seuil de 33,33% de détention directe ou indirecte du capital ou des droits de vote d'une entreprise dont le siège social est établi en France, donc il n'est pas envisagé et ne constitue jamais une opération soumise à autorisation lorsqu'elle est menée par un investisseur européen.

Cependant, la notion d'investissements étrangers en droit qatari est en principe codifiée par loi 13 /2000 relative à la régularisation des investissements des capitaux étrangers dans les

activités économiques⁵¹. Les investisseurs non qataris, selon le premier article, sont tous les avoirs, espèces ou matières morales, des droits ayant une valeur financière dans l'Etat du Qatar ;

« a) Les espèces (capitaux) entrant dans les banques ou les sociétés financières autorisées au Qatar.

b) Les avoirs matériels importés pour l'objectif des investissements en conformité avec les dispositions de cette loi.

c) Les profits, revenus ainsi que les réserves résultant de l'investissement étranger de capitaux en cas d'augmentation du capital d'un projet ou d'investissement pour un autre projet autorisé par les dispositions de cette loi.

d) Les droits moraux comme les autorisations, les brevets et les marques commerciales enregistrées au Qatar ».

En revanche, il existe au Qatar, des activités d'investissements ouverts aux étrangers en matière financière. Ces investissements sont définis par l'annexe n°3 de la loi n°7/2005 ; qui crée en 2005 le Centre du Qatar des Finances. Cette loi définit les investissements, comme les activités suivantes ;

- 1- Les affaires bancaires, et les transactions financières de toute nature, et les entreprises d'investissement, y compris, sans limitation, toutes les activités d'affaires qui sont effectuées par les banques d'investissement et les banques de financements pour les Sociétés, les banques qui financent le commerce de gros, les activités de finances islamiques, les services bancaires électroniques.
- 2- Toutes les activités d'assurances et réassurances.
- 3- Les activités des marchés de monnaies et de valeurs financières, de biens, y compris le commerce des métaux précieux, des actions, titres de créances et obligations, et les autres activités attachés.
- 4- Les activités de gestion des actives et de fonds, les fonds d'investissements, le financement des projets et entreprises dans tous les secteurs, et enfin les activités des banques et le financement islamique.
- 5- La gestion de fonds, les activités de consultations, les fonds des investissements et les services de crédits.

51Loi 13 /2000 relative à la régularisation des investissements des capitaux étrangers dans les activités économiques.

- 6- Les fonds de pensions et retraites et les sociétés de crédits.
- 7- Les activités d'intermédiaires financières relatives à l'assurance et marché financier.
- 8- Les activités des agences financières, les consultations financières et d'investissement, les services d'investissements.
- 9- La fourniture de service de garanties de biens et garantie juridiques.

Après avoir traité la notion d'investissements étrangers, selon les droit qatari et français, nous pouvons dire qu'il existe des caractéristiques communes même si certaines sont un peu plus ouvertes l'autre dans un droit que dans l'autre. C'est notamment le cas de la notion d'investissement défini par le premier article de loi 13/2000, qui est la base juridique principale dans la législation qatarienne. Elle définit, comme le droit français, les investissements étrangers, comme les capitaux financier, les avoirs importés pour l'objectif d'investissement, les avoirs incorporels par exemple les brevets, les autorisations et les marques. Les droits français et qatari, en ce qui concerne la notion des investissements, se croisent par l'internationalisation de la notion d'investissement par le droit international des investissements.

La notion d'investissements étrangers ne peut cependant être complètement comprise tant que la protection diplomatique des investisseurs étrangers n'est pas abordée. En effet, sans protection des investisseurs étrangers par le pays hôte et par le pays de l'investisseur, l'investissement étranger serait très risqué et ne connaîtrait pas une croissance aussi importante que celle qu'elle connaît actuellement. C'est pour cette raison qu'il est impératif d'aborder cette question de la protection diplomatique des investisseurs étrangers.

§2 - La protection diplomatique des investissements étrangers.

Avant de nous concentrer sur la protection diplomatique des investissements étrangers, il nous faudra d'abord définir la protection diplomatique elle-même. Celle-ci peut être définie comme l'« action d'un gouvernement auprès d'un gouvernement étranger pour réclamer, à l'égard de ses nationaux ou, exceptionnellement, de certaines autres personnes, le respect du droit international ou pour obtenir certains avantages à leurs profit. »⁵²

⁵²Basdevant (J.) *Dictionnaire de la terminologie de droit international*, 1960.

La voie judiciaire est une des modalités grâce par lesquelles un Etat peut exercer le droit de protection diplomatique. Il existe deux types de protections diplomatiques, la protection diplomatique non contentieuse, d'une part, exercée notamment par les agents diplomatiques, et la protection diplomatique contentieuse d'autre part. Cette dernière consiste en la qualité de tout Etat d'établir la fiction juridique d'après laquelle tout Etat a droit à voir respecter le droit international en la personne de ses ressortissants ou de ses agents.

En effet, la protection diplomatique a pour objet de substituer un sujet de droit international à une personne privée, qui est incapable juridiquement d'obtenir réparation car elle n'est pas sujet du droit international. Elle s'applique lorsqu'un individu subit un préjudice de la part d'un État dont il n'est pas ressortissant ; des préjudices tels qu'un emprisonnement sans raison, un jugement à la hâte, la confiscation des biens, interdiction illégitime d'exercer une activité.

La protection diplomatique consiste ainsi à exercer un droit propre à l'Etat, mais l'exercice de ce droit est soumis à une série de conditions définies selon la situation des particuliers. Toutefois, il est possible de constater une certaine tendance au recul de recours à la protection diplomatique. Cette tendance peut notamment être attribuée au caractère incertain de la protection diplomatique, en particulier quand celle-ci concerne une société. L'ampleur prise par le phénomène des investissements directs à l'étranger a en effet conféré une importance particulière au traitement accordé aux sociétés et aux actionnaires installés dans pays étranger.

Le champ de la protection diplomatique s'est alors élargi aux sociétés, nécessitant une adaptation de ces conditions d'exercice. Bien que marquée par de trop grandes faiblesses, la protection diplomatique ne reste pas moins un recours lors de litiges impliquant des investissements étrangers. Ces litiges ont souvent pour origine une démarche individuelle. L'individu subissant un tort de la part de l'Etat dans lequel se trouve le siège de sa société, peut alors demander l'aide de l'Etat dont il est ressortissant. Lorsque ce dernier accepte de défendre son ressortissant en son propre nom (c'est-à-dire en tant qu'Etat même), on parle alors de conflit interétatique.

La Cour Permanente de Justice Internationale précise que l'Etat exerce « son droit propre à ce que son ressortissant [...] qui aurait été traité par les autorités [étrangères] d'une manière contraire à certaines obligations internationales, dont le respect s'imposait, obtienne de ce

chef une indemnité. »⁵³. Il est alors possible de conclure que l'Etat n'agit pas seulement en tant que représentant de son ressortissant mais également en tant que plaignant. En agissant en son nom, l'Etat défend son droit propre, celui de voir ses ressortissants traités conformément au droit international par ses pairs. Le droit international reconnaît donc des droits aux individus et ce, depuis très longtemps. Toutefois, ces droits ne confèrent pas aux individus celui de faire des réclamations individuelles auprès d'un autre Etat.

On parle alors de dommage médiat car bien que ce soit l'individu qui soit affecté, c'est bien le pays dont il détient la nationalité qui est lui aussi atteint dans son droit propre selon le droit international. Le dommage affectant l'individu et celui affectant l'Etat sont véritablement différents mais se rejoignent dans la réparation qui aura une unique solution : la protection diplomatique.

Il est évident que sans l'intervention de la France, la condamnation à mort de Serge Atlaoui en Indonésie n'aurait peut-être pas été reportée. Serge Atlaoui, un ressortissant français de 51 ans, a été arrêté en 2005 pour production et détention de drogues. Depuis maintenant six ans, Serge Atlaoui clame son innocence depuis l'Indonésie où il est retenu prisonnier jusqu'à ce jour. En 2007, Serge Atlaoui est condamné à mort avec d'autres détenus. Il a effectué deux demandes de grâce présidentielle lesquelles ont été rejetées par le président indonésien Joko Widodo. Le gouvernement français a donc entamé des pourparlers avec le gouvernement indonésien notamment par le biais de son ambassadeur en France.

L'affaire Florence Cassez est encore un autre exemple du rôle de la protection diplomatique. En 2005, Florence Cassez est arrêtée et accusée d'enlèvement, de séquestration, de délinquance organisée et possession d'armes à feu et de munitions. En avril 2008, elle est condamnée à 96 ans de prison. En mars 2009, après avoir fait appel, elle obtient une réduction de peine et est finalement condamnée à 60 ans de prison. La France a alors souhaité rapatrier Florence Cassez. Des négociations ont été entamées lors de la visite officielle du Président Nicolas Sarkozy au Mexique en mars 2009. Nicolas Sarkozy et le président mexicain Felipe Calderón Hinojosa ont annoncé la création d'une commission binationale soit un groupe de travail juridique franco-mexicain qui a pour mission de trouver satisfaisant aussi bien les victimes que la principale suspecte dont la famille clamait l'innocence depuis la France.

53CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924, Série A n°2, p.12.

Ce groupe de travail avait pour principale mission d'examiner la convention sur le transfert des personnes condamnées établie à Strasbourg le 21 mars 1983. Eventuellement, les négociations échouèrent car le Mexique n'ayant jamais ratifié la convention susmentionnée, considéra qu'il n'était donc aucunement engagé à la respecter. De plus, le pays n'avait aucune garantie que Florence Cassez purgera la totalité de sa peine une fois de retour en France. Felipe Calderón Hinojosa a donc décidé que Florence Cassez purgerait les 60 années d'emprisonnement au Mexique.

Après l'échec d'un recours en *amparo* (possibilité pour tout particulier d'avoir accès à un juge pour se prévaloir de la violation d'un de ses droits protégés par la Constitution), les relations diplomatiques entre la France et le Mexique se détériorèrent jusqu'à causer un incident diplomatique. En 2013, la condamnation de Florence Cassez est annulée par la Cour Suprême du Mexique, elle-même saisie par les avocats de Florence Cassez l'année précédente.

L'affaire « Air Cocaïne », illustre parfaitement l'ampleur que peut prendre un conflit interétatique pouvant être causé par l'arrestation d'un ressortissant étranger.

En mars 2013, quatre citoyens français sont interpellés à l'aéroport de Punta Cana (deux pilotes et deux passagers) et 25 valises contenant au total 700 kg de cocaïne de cocaïne sont saisies. En 2015, les quatre ressortissants français sont finalement condamnés à 20 ans de prison. À ce jour, ils n'ont pas été emprisonnés mais ont l'interdiction formelle de quitter la République dominicaine.

Une enquête concernant l'affaire avait déjà été menée concernant l'affaire à Saint-Tropez l'année précédant la médiatisation de l'affaire « Air Cocaïne ». Contrairement à l'affaire Florence Cassez susmentionnée, l'intervention française fut limitée. Laurent Fabius, alors ministre des Affaires étrangères, ainsi que deux députés, ont adressé une demande à la République dominicaine afin que les quatre ressortissants français soient bien traités et que l'affaire soit résolue dans les plus brefs délais. D'autres sénateurs et députés tels qu'Aymeric Chauprade, député européen français Front National, ont montré leur soutien aux quatre détenus notamment en leur rendant visite comme l'a fait Aymeric Chauprade avec Bruno Odos et Pascal Fauret.

Aymeric Chauprade fera encore parler de lui en commanditant l'évasion des deux pilotes français en octobre 2015. Une opération très controversée qui détériorera davantage les relations entre la France et la République dominicaine.

La protection diplomatique, bien que limitée, comporte également plusieurs conditions. Le particulier faisant appel à un Etat extérieur se doit d'abord d'avoir la nationalité de l'Etat dont il se déclare ressortissant. Ces conditions sont d'ailleurs définies dans un texte adopté par la Commission du droit international lors de sa cinquante-huitième session en 2006 et soumis à l'Assemblée générale.

L'Etat dispose d'un pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire que l'Etat n'est en aucun cas tenu de défendre son ressortissant lorsque ce dernier sollicite son aide. Ceci ne pourrait être reproché à l'Etat lequel exerce son droit propre. C'est ce droit même qui constitue également une faiblesse de la protection diplomatique des investissements étrangers.

Une autre condition sine qua non pour bénéficier de la protection diplomatique d'un Etat est que le particulier ait la nationalité de l'Etat qu'il sollicite. Le droit international insiste particulièrement sur l'attachement d'un individu à un Etat par sa nationalité pour justifier l'exercice de protection diplomatique de son ressortissant. La Cour Permanente de Justice Internationale énonce que « c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul fonde le droit de l'Etat d'agir en protection diplomatique ».⁵⁴

La même condition s'applique en cas de double nationalité dans lequel deux pays peuvent décider de défendre leur ressortissant commun. Il faut s'en référer au droit international en ce qui concerne l'octroi et la reconnaissance de la nationalité.

L'affaire de la Barcelona Traction est l'exemple parfait du rôle que peut jouer la protection diplomatique lors d'un litige financier. La Barcelona Traction était une société anonyme établie au Canada en 1911. Son siège se situait à Toronto. En conséquence, la Barcelona Traction était une société de droit canadien. La Barcelona Traction était également la plus importante entreprise d'électricité d'Espagne. Toutefois, la grande majorité des actions de cette entreprise appartenait à des ressortissants belges. Par exemple, la Société internationale d'Énergie hydro-électrique (Sidro), une société de droit belge siégeant à Bruxelles, possédait 75% des actions de la Barcelona Traction. Après la Guerre d'Espagne, le gouvernement

54 Chemin de fer Panezevys-Saldutiskis, arrêt du 28 février 1939, Série A/B n°76, p.16.

espagnol refusa que la Barcelona Traction paie les intérêts qu'elle devait à ses actionnaires. Ces derniers ont donc porté plainte auprès de la Cour Permanente Internationale de Justice après que les négociations diplomatiques eurent échoué, mais en vain. Le verdict fut prononcé en faveur de l'Espagne soit en faveur de la nationalité de la personne morale.⁵⁵ En effet, bien que la plupart des actionnaires fussent belges, la société en elle-même ne l'était pas. Il est évident que seule la société est titulaire de droits tandis que les actionnaires ne possèdent que de simples intérêts.

Toutefois, la Cour Internationale Permanente de Justice reconnaît deux exceptions selon lesquelles l'Etat de nationalité des actionnaires aurait le droit d'agir dans le cas où la société en tant que personne morale aurait deux nationalités. La première exception s'applique lorsque la société cesse d'exister, la deuxième lorsque l'Etat de nationalité de la société ne pourrait agir en tant que tel en raison des règles internationales concernant la nationalité des personnes morales.

L'affaire Ahmadou Sadio Diallo est un autre exemple de la protection diplomatique des investissements étrangers. Ahmadou Sadio Diallo était un homme d'affaires d'origine guinéenne résidant au Congo depuis 1967. L'homme d'affaires guinéen avait créé deux entreprises, Africom-Zaire et Africontainers-Zaire, toutes deux de droit congolais. M. Diallo, gérant de ses deux sociétés, possédait 100% des parts de la première et 40% des parts de la deuxième. Vers la fin des années 1980, Ahmadou Sadio Diallo décida de se tourner vers la justice lorsque des sociétés congolaises, notamment Zaire Fina, Zaire Shell et Zaire Mobil Oil, refusèrent de payer leurs dus auprès des deux sociétés gérées par M. Diallo.

Les autorités congolaises restèrent sourdes aux plaintes d'Ahmadou Sadio Diallo et de ses deux sociétés et refusèrent de donner suite en obligeant les sociétés congolaises à s'acquitter de leurs dettes envers les sociétés d'Ahmadou Sadio Diallo et ce dernier.

En résultat, les autorités congolaises ont non seulement failli à leur devoir mais ont également retourné la plainte contre Ahmadou Sadio Diallo en l'arrêtant et éventuellement en

⁵⁵*Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Nouvelle requête : 1962) (Belgique c. Espagne) Volume I, Introduction de l'instance et début de la procédure écrite, Mémoires, Plaidoiries et Documents, Cour Internationale de Justice.

l'expulsant du Congo. Toutefois, le gouvernement a nié avoir expulsé M. Diallo mais plutôt de lui avoir interdit l'accès au territoire congolais. C'est alors que la Guinée, le pays dont Ahmadou Sadio Diallo était ressortissant, se tourna vers la Cour Permanente Internationale de Justice contre la République Démocratique du Congo.

C'est principalement pour ces raisons qui exposent les limites et faiblesses de la protection diplomatique des investissements étrangers que d'autres systèmes juridiques d'arbitrage ont vu le jour tels que le CIRDI.

La protection diplomatique est également conditionnée par la théorie des mains propres. Le particulier désirant poursuivre un Etat pour les torts que ce dernier lui aurait causés, doit en parallèle avoir fait preuve de bonne foi et d'une conduite irréprochable dans le pays contre lequel il s'est retourné. Toutefois, la théorie des « mains propres » reste ambiguë car la décision de prendre en compte le comportement de la personne privée, revient seul à l'Etat défendeur. Il est important de souligner que la Commission de droit international n'a pas retenu le critère des « mains propres ».

Cependant, il est également exigé du plaignant qu'il ait épuisé toutes les voies de recours internes, soit toutes les voies de recours qui lui sont accessibles dans le pays qui lui aurait causé du tort selon le droit du pays même.

Il s'agit là également de donner une deuxième chance à l'Etat poursuivi, celle de se racheter en revenant sur son action. Bien sûr, il est demandé de l'individu qu'il ne recourt seulement aux solutions internes légales qui seraient susceptibles de lui donner gain de cause. Toutefois, s'il était évident qu'une ou plusieurs solutions pourraient être vouées à l'échec, il serait tout à fait logique et compréhensible d'outrepasser cette étape et de solliciter directement la protection diplomatique de l'Etat dont il est ressortissant.

La protection diplomatique des investissements étrangers est loin d'être une solution efficace aux litiges entre les investisseurs étrangers et les Etats. Le système est limité en raison de ses multiples faiblesses.

Comme mentionné plus haut, la protection diplomatique reste un pouvoir discrétionnaire de l'Etat. L'issue de la procédure enclenchée par le particulier est donc incertaine car l'Etat

sollicité peut très bien choisir de ne pas défendre son ressortissant. De multiples raisons peuvent expliquer une telle décision : politiques, économiques voire même idéologiques. Un Etat entretenant de bons rapports avec un autre voire étant en partenariat avec cet autre Etat sur le plan économique, aurait plus intérêt à ne pas entrer en conflit avec cet Etat malgré les torts causés à son ressortissant par l'Etat hôte en question. L'individu ne détient ainsi aucun droit à la protection diplomatique. De plus, si l'Etat sollicité choisit d'agir, c'est en son propre nom et non en celui de son ressortissant qu'il choisit de le faire. Cela veut dire que le particulier n'aura donc nullement l'occasion de se prononcer ou de donner sa version dans l'affaire dont il est la réelle victime. En conséquence, réparation sera faite à l'Etat et non à son ressortissant. L'Etat ainsi indemnisé n'est aucunement obligé de reverser une partie voire la totalité des réparations à son ressortissant.

Enfin, la faiblesse de la protection diplomatique des investissements étrangers réside dans la nature de la rétribution. Un particulier lésé peut sûrement espérer obtenir une réparation dite symbolique telle que des excuses formelles de la part de l'Etat poursuivi ou un engagement à ne pas répéter la faute commise. En ce qui concerne des réparations financières, principale raison l'enclenchement de la procédure, rien n'est sûr. La protection diplomatique n'a que très rarement donné lieu à une équivalence monétaire.

Bien que la protection diplomatique soit un recours comme un autre en ce qui concerne les investissements, elle est de loin le moins persistant. Si cependant elle reste tout de même un moyen utilisable de demander réparation, c'est peut-être parce qu'elle a donné lieu à des affaires célèbres telles que celle du Chemin de fer Lourenço-Marques en 1900⁵⁶ et qui est aujourd'hui un exemple pour la CIRDI. Il est possible de citer l'affaire de la République d'Italie contre la République de Cuba dont la sentence finale a été prononcée le 15 janvier 2008. L'inconsistance de la protection diplomatique des investissements étrangers réside dans ses faiblesses susmentionnées.

A la lumière de tout ce qui a été développé, il importe ainsi de voir le contrat d'état en droit international.

56LA FONTAINE (H.), *Pasicrisie internationale*, La Haye, Nijhoff, rééd. 1997, p. 397.

Section 2 - L'apparition du contrat d'Etat.

En droit des investissements étrangers, il est indispensable, de traiter la relation contractuelle entre un Etat contractant et investisseur de droit privé d'autre Etat. Cette relation est nécessaire pour bien comprendre l'existence la nature de droit des investissements au Qatar comme au France. Nous allons traiter ce contrat selon le droit international, puis en droits français et qatari.

Tout d'abord, il importe de rappeler que la sécurité des relations juridiques passait par les procédés traditionnels de l'arbitrage ou des commissions mixtes, en présentant cependant deux principaux défauts : le premier tenait à ce que la mise en place de ces organes ou systèmes de règlement dépendait des Etats eux-mêmes en premier et dernier lieux, ce qui était de nature à faire planer une incertitude permanente sur la personne privée, pouvant parfois la dissuader de franchir les frontières. Le second venait du fait que ces modes de règlement intervenaient toujours a posteriori et l'incertitude de leur mise en place pouvaient n'avoir strictement aucun effet dissuasif sur les Etats dans le traitement à réserver aux opérateurs étrangers.⁵⁷ C'est la raison pour laquelle les investisseurs se sont poussés à signer des contrats avec les Etats sur un territoire où ils entendaient implanter une activité. Ces contrats ont, au fur et à mesure, introduit des clauses compromissoires afin de prévoir la possibilité du recours à l'arbitrage. En assurant le droit de pouvoir faire appel à un organe supranational en cas de difficulté, cela contribuait sans doute à une forme de prudence de la part de l'Etat, se sachant susceptible d'être poursuivi devant un organe indépendant en cas d'agissement incorrects.

Nous allons voir dans un premier temps l'établissement de contrats entre Etats et investisseurs étrangers (§ 1) et dans second temps le développement du droit contemporain de l'investissement en tant que phénomène nouveau (§ 2).

57 DE NANTEUIL (A.) *Droit international de l'investissement. op. cit.* p.28.

§ 1- L'Etablissement de contrats entre Etats et investisseurs étrangers.

Les contrats d'Etat se définissent comme des contrats signés entre un Etat (ex, des autorités administratives, des ministres etc...) et une personne étrangère de droit privé, soumis au droit international, qui en réalité est très ancienne. En revanche, la reconnaissance de son existence et sa nature particulière, sont récentes. En effet, l'expression de « contrat d'Etat » est utilisée au début de XXe siècle par certains spécialistes français en finances publiques⁵⁸ en reconnaissant ainsi le terme anglophone « State Contract ».

Par contre la Cour permanente de la justice internationale refuse l'existence des contrats d'Etat en vertu de sa décision de 1929⁵⁹ relative d'un contrat d'emprunt entre l'Etat et une personne privé étrangère. Il s'agissait ici de paiement de divers emprunts serbes émis en France. La Cour a ici affirmé qu'un contrat international au sens du droit international privé, est toujours régi par le droit interne. Une évolution a ensuite permis d'identifier l'existence de ce contrat. L'étude des droits français et qatari démontre l'existence de ce contrat.

a - L'existence de contrat d'Etat.

C'est l'apparition des arbitrages mixtes qui a permis à la théorie des contrats d'Etat de se développer. Au XIXe et au début du XXe siècle, la défense internationale des investisseurs se basaient seulement sur la protection diplomatique. Or, cette protection diplomatique, comme il a été démontré, comportait de multiples faiblesses.

Pour remédier à cette insuffisance et éviter que le règlement des litiges ne dépende du bon vouloir de l'Etat d'accueil, sont nés les arbitrages opposant notamment un investisseur étranger à l'Etat d'accueil de l'investissement. En effet, la première question qui s'est posée à l'arbitre saisi du litige, était le droit applicable au contrat. Dans l'affaire Goldfields⁶⁰, le contrat ne comportait pas une clause de droit applicable, mais le tribunal arbitral a décidé que pour la résiliation et l'interprétation de contrat concession, ce sont les principes généraux du droit et non seulement le droit interne de la Russie qui étaient applicables. Cela explique bien

58Académie de droit international. « La garantie des emprunts publiques d'Etat ». *Recueil de cours. Tome 7 1925*. p. 155.

59CPIJ 12 juil. 1929 – Rec CPIJ, série A, n° 20-21, p. 41.

60Sentence *Lena Goldfields c. Union Soviétique* du 2 septembre 1930.

la particularité des contrats d'investissements. Néanmoins, selon le droit international privé, en l'absence de clause sur la loi applicable et si l'Etat est partie contractante dans le contrat, celui-ci présumé avoir contracté sa propre loi. A la suite des expropriations des nombreux contrats de concession, notamment dans les pays producteurs des pétrole et gaz, y compris les pays de golf, nous pouvons remarquer qu'une avancée est intervenue dans les années 1970. Les contrats de concession entre un Etat hôte et un investisseur étranger contenaient une clause d'arbitrage et une clause de droit applicable en choisissant le droit international, les principes généraux de droit, ou le droit commun applicable aux parties. Dans l'affaire du gouvernement de l'Etat du Koweït c/American Independent Oil Cy (Aminoil), les arbitrages ont mis en évidence la nature particulière des contrats liants des Etats aux investisseurs étrangers, notamment à la suite des nationalisations, en affirmant que les principes généraux de droit applicables au contrat faisaient partie du droit international public⁶¹. Il est depuis reconnu que ce type de contrats relève d'une branche spéciale et nouvelle du droit international. C'est ainsi que le contrat d'Etat a pris son envol.

Cependant, un contrat signé entre Etat et une personne privée étrangère n'est pas une nouveauté. Tout d'abord, pour des raisons pratiques, les contrats se rencontrent au long de 19 siècles. Le recours au contrat de concession, notamment à l'exploitation d'une mine ou de la construction d'un ouvrage public par une personne privée, est une évidence et s'impose quelle que soit la nationalité de cette personne⁶². En ce qui concerne les pays de Golf, le Qatar a toujours eu recours aux contrats de concession, avec les sociétés étrangères, comme par exemple, *Standard Oil of California*, *Socony Mobile Oil*, *Standard Oil of New Jersey*, *Gulf Oil* et *Texaco*, qui avaient conclu des contrats dans les années 30, des contrats de 60 à 99 ans. En contrepartie, les entreprises étrangères payaient une redevance annuelle, d'environ 12% de la valeur de la production.

Les contrats d'Etat sont des contrats conclus entre un Etat et une personne privée étrangère ; l'Etat, en tant qu'une puissance publique et la personne privée étrangère doit être cumulativement privée et de nationalité étrangère. Si cette personne privée n'est pas une étrangère, nous nous retrouverons dans le cadre de l'application de droit administratif, par les contrats administratifs, ou celui où l'Etat contracte en tant qu'une personne privée.

61 Sentence Gouvernement de l'Etat du Koweït c. American Independent Oil Cy (Aminoil) du 24 mars 1982, JDI, 1982, pp. 869-909.

62 DE NANTEUIL (A.) Droit international de l'investissement. op. cit. p. 29.

Les enjeux des contrats d'Etat sont donc spécifiques de la relation contractuelle, et leur application territoriale, quel que soit les Etats. A côté des risques habituels de non-exécution par la personne privée et du non-paiement par les Etats, c'est le désir naturel de l'Etat de voir les contrats soumis à sa loi nationale et ses tribunaux nationaux qui s'oppose au désir de neutraliser le pouvoir juridictionnel et législatif de cet Etat. Il faut ainsi sortir le contrat et l'intégrer dans le droit international avec l'objectif de le désétatiser entièrement et partialement et rétablir l'équilibre en conséquence. Avant traiter les critères d'un contrat d'Etat, une attention particulière doit être accordée à son internationalisation.

b - De l'application nationale du contrat à son internationalisation.

Les changements historiques et juridiques dans l'Etat du Qatar et de la France ont été le moteur de transmission de l'échelle national à internationale. Ces types de contrats étaient souvent complètement soumis au droit de l'Etat d'accueil des investisseurs étrangers. En cas de litige, il était évident que la compétence revienne exclusivement aux juridictions nationales malgré les faiblesses présentées par cette solution en terme de la protection des investissements étrangers. Le recours à l'arbitrage n'était cependant pas interdit, à l'instar de compromis signés par les Etats avec des entreprises privées pour la mise en place d'un arbitrage autour d'un contrat signé entre les deux parties et dans l'exécution duquel certaines difficultés pouvaient s'élever.⁶³ Un exemple historique est la sentence rendue par Napoléon III lorsqu'il était Empereur de France dans un litige opposant la Compagnie universelle du canal de Suez au Vice-Roi d'Egypte. Il s'agissait d'une modification de règlement par le gouvernement, qui s'appliquait à l'entreprise étrangère⁶⁴ sur le fondement d'un compromis d'arbitrage signé par les parties après la survenance du litige. Cet exemple d'un contrat signé entre une personne de droit privé et un Etat instaurant un processus d'arbitrage démontre qu'il s'agissait ici d'un véritable contrat d'Etat. Cependant, la problématique du droit applicable n'avait pas été définie par les parties. Cette problématique a été passée sous silence par l'arbitre dans cette sentence. C'est la raison pour laquelle il était devenu nécessaire de confier les missions d'arbitrage à des professionnels du droit.

63DE NANTEUIL (A.) Droit international de l'investissement. op. cit. p. 29.

64Sentence du 21 avril 1864, la Fontaine, Pasicrisie, P. 122.

Il ressort d'un principe connu que « tout contrat qui n'est pas un contrat entre Etats en tant que sujets du droit international, a son fondement dans une loi nationale »⁶⁵. Tout contrat peut être soumis à un droit interne, en vertu des règles de renvoi du droit international privé. La Cour de cassation, dans l'affaire des messageries maritimes a également estimé que « *tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat* »⁶⁶. On peut ici penser que le droit de l'Etat de nationalité de l'investisseur aurait pu trouver à s'appliquer sans difficulté car il s'agit de la loi d'un Etat.

Les règles de droit international privé sont ainsi très utiles. Il est nécessaire de rappeler qu'en principe, les parties au contrat décident du droit applicable audit contrat. A défaut, le droit applicable serait celui de l'Etat ayant les liens les plus étroits avec le contrat. Cependant, plusieurs aspects posent problème. En effet, en appliquant strictement les règles de rattachement en l'absence de droit désigné par les parties, il est évident que l'Etat avec lequel le contrat attache le plus de lien, est celui sur le territoire duquel se trouve l'activité d'investissement. Or, il est également possible que l'investisseur souhaite l'application de son Etat d'origine et se heurte à l'Etat hôte qui exigerait l'application de sa loi nationale. La solution, selon Arnaud de Nanteuil, « *dès lors, ne pouvait être trouvée que dans l'application d'un droit neutre vis à vis des deux parties* ». Il s'agirait ici d'un droit neutre, un droit d'un pays tiers mais cette solution se heurte à des difficultés pratiques en raison de la méconnaissance de ce droit par les arbitres choisis.

Il nous reste ainsi à faire appel au droit international, qui peut se présenter comme étant un droit plus neutre, avec notamment une accessibilité à tous les arbitres, toutes nationalités confondues. En ce qui concerne plus spécifiquement le contrat d'Etat, il a fallu l'internationaliser. Il importe ainsi de voir l'internationalisation du contrat d'Etat (i), les critères du contrat d'Etat (ii) et la validation de la clause compromissoire dans le contrat d'état (iii) en prenant l'exemple du contrat Eurodisney pour identifier les critères d'un contrat d'Etat (iv).

65CPJI, 1929, Emprunts serbes et brésiliens, Série A n°20.

66Cassation. 21 juin 1950.

(i) L'internationalisation du contrat d'Etat

L'internationalisation du contrat d'Etat est un élément clé à identifier, étant relatif à la « *transnationalité* » du rapport contractuel. L'internationalisation repose sur deux éléments : Le premier est relatif au rapport juridique, le contrat d'Etat étant un contrat international par ses éléments d'extranéité car une de ses parties est une personne étrangère, mais également par la substance de la relation qu'il instaure. Pourtant, il intéresse l'économie de plusieurs Etats et ne relève pas à priori de la seule loi de l'Etat contractant⁶⁷. Le second élément de l'internationalisation provient du droit applicable, alors qu'un rapport international classique met en jeu les règles provenant d'ordres juridiques définis dont il importe d'effectuer la répartition ou la combinaison. Donc le rapport juridique international n'est pas réputé trouver sa réglementation dans une combinaison ou dans une application distributive des règles des ordres juridiques en conflit mais la recherche et la détermination du droit applicable reste l'un des problèmes fondamentaux du contrat d'Etat⁶⁸.

Aujourd'hui, il s'agit d'une version moins radicale qui a pour le but de rattacher les contrats d'Etat au droit international public, sans nécessairement les assimiler pleinement à des traités. En effet, le lien qui unit les accords entre les Etats et les investisseurs étrangers au droit international public, se traduit par l'existence d'un régime juridique au sein de ce droit qui leur serait entièrement dédié, le droit international des contrats⁶⁹. Il s'agit d'une nouvelle branche du droit international public régissant les contrats d'Etat mais les règles seraient différentes du droit des traités, et principalement dégagées par la pratique arbitrale⁷⁰. Avec l'affaire Texaco Calasiatic en 1977, l'existence de ce nouveau corpus normatif a été consacré.

En fin, il existe une autre conception qui est celle de l'internationalisation du contrat d'Etat qui se manifesterait par un enracinement de ce type de convention dans le droit international public pris en qualité d'ordre juridique de base. Au moins une partie des contrats d'Etat serait fondamentalement assujettie au droit international public. Cependant, cet assujettissement peut permettre aux parties contractantes de choisir librement le droit applicable qui pourrait

67 Avis CE du 6 mars 1986, affaire Eurodisneyland.

68 BERLIN (D.) « Contrat d'Etat » *JCL Droit international*.

69 WEIL (P.) « Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français », *EDCE* 1970. p.13.

70AUDIT (M.), BOLLE (S) et CALLE (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*. 2014 *LGDI* p. 202.

être tant un droit national que celui d'un autre système normatif comme *la lex mercatoria*, ou même le droit international public. Cette possibilité *d'electio juris* s'apprécierait en conséquence au regard de cet ordre juridique de base⁷¹.

En réalité le contrat d'Etat est plutôt la manifestation de la nécessité du commerce international et des investissements étrangers d'agir comme un sujet interne. Enfin, l'Etat accepte de renoncer à ses prérogatives souveraines pour instaurer un rapport plus égalitaire avec son cocontractant privé. Il est évident qu'un recours à l'arbitrage international soit prévu en cas du litige. C'est en prévoyant ce mode de règlement des différends que ce contrat pouvait se départir de la compétence non seulement du système juridictionnel de l'Etat contractant, mais le plus souvent de son droit national⁷². En effet, l'existence de relations contractuelles entre un Etat et une personne étrangère de droit privé, est très ancienne, mais sa reconnaissance et sa nature particulière sont récentes.

(ii) Les critères du contrat d'Etat

La nature spécifique du contrat d'Etat permet de limiter les risques de partialité⁷³, notamment le risque que l'Etat utilise son pouvoir normatif pour modifier les conditions du contrat, jouant des prérogatives de puissance publique. Il faut dès lors étudier les critères du contrat enfin de pouvoir l'identifier, en droit français notamment par la pratique, comme le contrat Eurodisney, et le droit qatari. Nous pouvons ainsi parler de cinq principaux critères existants ;

La nature des parties contractantes :

Il faut s'agir d'un Etat et d'une personne privé étrangère (entreprises, investisseurs étrangers). Il faut observer que la doctrine fait une claire distinction entre l'Etat souverain, personne de droit international, et l'Etat-administration, personne de droit interne⁷⁴. En conséquence, nous constatons que dans la condition souveraine, l'Etat pratique des actes « *jure imperii* », et dans la condition d'administration, il pratique des actes « *jure gestionis* ». Les contrats *jure imperii*, sont seuls pouvant être des contrats d'Etat, parce qu'ils sont signés par l'Etat souverain. Il ne

71AUDIT (M.), BOLLE (S) et CALLE (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*. 2014 LGDI p.202.

72AUDIT (M.), BOLLE (S) et CALLE (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*. 2014 LGDI p. 202.203.

73MAYER (P.) « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière du contrat d'Etat ». JDI. 1986. P5-78.

74LEMAIRE (S.) « Les contrats internationaux d'administration ». LGDJ. 2005. P 414.

s'agit ici que d'un élément d'appréciation car cette distinction est en pratique difficile à effectuer.

*Le droit applicable :

Le contrat contient une clause de droit applicable qui renvoie au droit international, aux principes généraux de droit, ou à la *lex mercatoria*. Cela constitue un indice important d'internationalisation du contrat.

*L'existence d'une clause d'arbitrage international :

Si le contrat contient une clause compromissoire revoyant à une forme d'arbitrage internationale, il s'agit dans ce cas d'un critère du contrat d'Etat.

*L'objet du contrat :

L'objet du contrat apporte un indice d'internationalisation du contrat. La grande majorité des contrats d'Etat, sont relatifs à des investissements lourds, qu'il faut étaler sur une certaine période. Les contrats d'investissement, comme dans le domaine pétrolier et gazier, les contrats de développement, les contrats de services à très long terme peuvent former des contrats d'Etat.

*La présence de certaines clauses caractéristiques qui neutralisent le pouvoir normatif de l'Etat et rétablissent l'équilibre. Les clauses de stabilisation, d'intangibilité et de renégociation, sont un fort indice d'internationalisation.

Nous remarquons que les différentes clauses des contrats d'Etat, ont pour objectif de mettre le droit interne sous le contrôle de droit international, ce qui pose la question évidemment, de la souveraineté de l'Etat. Il convient de dire que le droit applicable est un indice déterminant. Selon la synthèse doctrinale de P. Weil⁷⁵, il convient de distinguer la loi qui régit le contrat et l'ordre juridique qui donne force obligatoire au contrat. En effet, l'ordre juridique d'enracinement a un caractère objectif mais si le centre de gravité du contrat se situe dans l'ordre international, le contrat est international. En ce qui concerne le droit applicable au contrat, il revient au choix des parties. Si le droit international est choisi par les parties, le contrat est internationalisé. Le contrat qui relève de l'ordre juridique international et pour lequel le droit applicable est aussi le droit international, est dit contrat de droit international et internationalisé. Selon cet auteur, le contrat de droit international est un nouvel acte juridique international. En conséquence, un contrat qui relève de l'ordre juridique interne et dont le droit applicable est un droit interne n'est pas un contrat d'Etat.

75WEIL (P.) « Droit international et contrat d'Etat ». In *Mélanges Reuter*, Paris, Pedone, 1981, P 550-579.

Cette théorie est controversée par certains auteurs dont Pierre Mayer.⁷⁶ Selon cet auteur, le contrat d'Etat n'est soumis ni à un ordre juridique interne ni au droit international public, mais il constitue en lui-même un ordre juridique spécifique créé par la volonté commune des parties sur le fondement du principe *pacta sunt servanda* et d'autres principes généraux de droit régissant les contrats.

Quelle que soit la théorie ou le point de vue, il existe un accord sur la nécessité d'étudier les clauses d'un contrat entre un Etat et une personne privée étrangère et de raisonner par la technique du faisceau d'indices enfin de qualifier le contrat de contrat d'Etat ou de contrat internationalisé.

En droit français, nous allons étudier la qualification de contrat d'Etat, l'exemple de Eurodisney ; tout d'abord nous allons analyser comment le droit français a accepté la clause compromissoire, avant d'aborder les critères d'un contrat d'Etat, et si le contrat de Eurodisney peut l'être.

(iii) La validation de la clause compromissoire du contrat d'Etat

En 1986, la République française, la Région Ile de France, le département de la Seine-et-Marne, d'un côté, et la société américaine Walt Disney Production, d'un autre côté, ont signé un contrat pour la création et l'exploitation d'Eurodisney. Il était initialement prévu qu'en cas de litige avec l'Etat français, seules les juridictions administratives internes seraient compétentes. Face à ce déséquilibre, la société Disney ne voulait pas se soumettre à ces juridictions et souhaitait inclure une clause compromissoire dans le contrat.

Or, l'article 2060 du Code civil faisait obstacle à cette volonté d'inclure une clause compromissoire car il ressort de cet article que si l'Etat est une partie dans un contrat conclu avec une personne privée étrangère, ne peut pas conclure un arbitrage : *«On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.»*

⁷⁶MAYER (P.) « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat ». *JDI*. 1986 P 5-78.

Le gouvernement français a donc consulté le Conseil d'Etat sur la possibilité d'inclure une clause d'arbitrage dans le contrat d'Eurodisney. Par un avis du 06 mars 1986⁷⁷, le Conseil d'Etat rejette la possibilité du recours à l'arbitrage. Selon la haute juridiction administrative, « *le contrat relève de l'ordre juridique interne français et n'entre dans le champ d'application d'aucune disposition législative autorisant exceptionnellement le recours à la clause compromissoire.* »

Le contrat d'Eurodisney étant un contrat d'investissement, il ne relèverait pas non plus des principes applicables en matière de commerce international⁷⁸. Quant à la convention de Washington⁷⁹ qui a créé le CIRDI en organisant l'arbitrage, elle ne constituait nullement un obstacle, le consentement de chacune des parties étant en tout état de cause nécessaire.

Or, il s'agissait justement de savoir si la France pouvait consentir à l'arbitrage. Cependant, selon le conseil d'Etat, les contrats conclus par l'Etat souverain ne peuvent être soumis à l'arbitrage. Ce sont des motifs de libre disponibilité des droits, d'ordre public, d'intérêt public qui expliquent la position de juge administratif.

En outre, l'arbitrage ne bénéficie pas de la plénitude de la justice étatique : Certains auteurs dont S. Lemaire⁸⁰, ont proposé d'étendre l'arbitrage aux contrats *jure imperii*, à l'instar du juge judiciaire⁸¹, « *il suffit au juge judiciaire de constater l'internationalité d'un litige relatif à un contrat jure imperii pour le soumettre à l'arbitrage international* », aux motifs que les activités de l'administration sont souvent inspirées par l'intérêt public.

Une loi est alors intervenue pour permettre l'introduction d'une clause compromissoire dans le contrat d'Eurodisney : l'article 9 de la loi 19 août 1986 prévoit « *l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent*

77Conseil d'Etat, Assemblée générale, avis n°339710 du 6 Mars de 1986.

78Convention de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international, *Nations Unies, Recueil des Traités*, vol 484, p.349, entré en vigueur le 7 janvier 1964.

79 Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats, entré en vigueur le 14 octobre 1966.

80LEMAIRE (S.), « Les contrats internationaux de l'administration », *LGDJ*, 2005, p. 414.

81Cass. Civ. 1ère., arrêt Galakis du 2 mai 1966, *JCP*, 1966, II, 14789.

conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations nationales, à souscrire des clauses compromissaires.»⁸²

(iv) L'identification des critères de contrat d'Etat dans le contrat d'Eurodisney

Conclu entre l'Etat français et une personne privée étrangère, le contrat d'Eurodisney revêt une importance économique particulière. Le complexe touristique d'Eurodisney a favorisé la région par nombreux transports, comme la gare TGV et du RER, les infrastructures routières, la création d'emplois, etc... Cependant, la création du parc a été au centre de plusieurs opérations économiques comme par exemple, l'achat et la vente de terrains, la construction et l'exploitation d'hôtels. Ces opérations se traduisent notamment par la présence d'investisseurs étrangers en France, d'accords d'exploitation sous licence étrangers, de financements étrangers, d'accords de sous-traitance internationale. Il s'agit ici d'un contrat d'investissement sur long terme, constituant ainsi un des critères du contrat d'Etat. La présence d'une clause compromissoire constitue, elle, un autre critère.

Nous constatons également que dans ce contrat, les personnes morales de droit public françaises se sont engagées, parmi d'autres obligations, à mettre à disposition de Disney des terrains qui seraient acquis par voie d'expropriation et à accorder des concours financiers aux collectivités locales. Ces obligations supposent l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'Etat. C'est donc un contrat de *juri imperii*, car il s'agit d'un contrat international qui met en cause la puissance publique française. En ce qui concerne le droit applicable, l'ordre juridique semble être international, mais il existe un doute sur la loi applicable.

Cependant selon la théorie de P. Weil, cela suffit pour qualifier le contrat de contrat d'Etat. Malgré l'incertitude sur la présence de clauses caractéristiques comme celle de stabilisation, il apparaît clairement que le contrat d'Eurodisney constitue un contrat d'Etat, et un exemple en droit français.

⁸²Loi n°86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales, JORF du 22 août 1986, p. 10190.

Enfin, le contrat d'Eurodisney est un des rares contrats d'Etat passés en France. L'enjeu de la qualification de contrat d'Etat est aujourd'hui suppléé par celui de la qualification de contrat d'investissement car en présence d'un traité de protection d'investissement, la nature du contrat est indifférente pour solliciter l'arbitrage du CIRDI.

2 - Le développement du droit contemporain des investissements à travers le contrat d'Etat

Avant de nous intéresser au droit contemporain des investissements, celui-ci étant notamment défini par les traités bilatéraux d'investissement (TBI) ainsi que par des limites imposées à ces derniers par les contrats d'Etat, nous allons d'abord définir ce qu'est un traité bilatéral d'investissement (a) et voir sa composition (b). Puis, nous analyserons les dispositions substantielles (c) et juridictionnelles (d) du TBI. Le lien entre les TBI et les contrats d'Etat sera également abordé (e) et une attention particulière sera accordée aux limites de la fonction des TBI dans le cadre des contrats d'Etat (f). Afin d'illustrer ces éléments, deux cas de jurisprudence seront développés (g) et (h). Nous finirons avec la notion « *d'arbitrage sans lien de droit* » (i).

a. Définition et fonctions d'un TBI

Un traité bilatéral d'investissement ou TBI est un accord international entre deux Etats souverains dont le but est de protéger les investissements des deux contractants réciproquement sur le territoire des deux Etats. Un TBI vise plus précisément à protéger les investissements étrangers. Si un opérateur privé décide d'établir une nouvelle entreprise sur un territoire étranger ou bien d'acquérir une entreprise locale, il est protégé par le TBI qui oblige l'Etat d'accueil à respecter les règles existantes régissant la propriété étrangère. Si ces règles venaient à ne pas être respectées, les investisseurs étrangers auraient alors pleinement le droit d'engager des poursuites contre l'Etat d'accueil. Le premier traité bilatéral d'investissement a été établi en 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan.

Le traité bilatéral d'investissement définit les règles internationales qui s'appliquent au contrat entre les signataires et que ces derniers se doivent de respecter. Le développement de règles

internationales à travers les TBI s'appuie principalement sur les contrats que les opérateurs privés pourraient signer avec des Etats. La soumission des investisseurs étrangers et des Etats au droit international, est en général acquise même si elle n'est pas précisée.

Un TBI vise principalement à protéger les investisseurs sans pour autant obliger ces derniers et encore moins les Etats dans lesquels ils investissent à privatiser des secteurs économiques ou encore d'accorder la propriété desdits secteurs à des investisseurs étrangers.

b. Composition d'un TBI

Un traité bilatéral d'investissement contient un préambule, une définition de l'investissement et de l'investisseur, et des dispositions ayant pour vocation de protéger ce dernier et son investissement. Les dispositions susmentionnées se divisent en deux catégories : les clauses substantielles dont le but est de promouvoir et de protéger les investissements étrangers ; et les clauses juridictionnelles dont le but est d'aider les investisseurs étrangers à trouver des solutions de recours lorsqu'ils considèrent que l'Etat d'accueil leur a causé du tort.

Les clauses substantielles sont elles-mêmes divisées en deux parties. La première concerne la définition de l'investissement protégé et de l'investisseur ; la seconde concerne l'ensemble des recours auxquels les contractants peuvent avoir recours afin de régler leurs différends. Parmi les différentes dispositions prises en compte dans les clauses substantielles, on retrouve notamment les protections suivantes : garantie de libre transfert des fonds, traitement national et traitement de la nation la plus favorisée, les normes de protection absolues aussi appelées NPF, un traitement « juste et équitable », et « protection et sécurité intégrales ». Vient également s'ajouter à cela une promesse d'indemnisation en cas d'expropriation directe ou indirecte ou encore de nationalisation.

c. Les dispositions substantielles du TBI

La clause de traitement « juste et équitable » est la plus importante d'un traité bilatéral d'investissement. Elle protège les investisseurs étrangers contre les « dénis de justice », les décisions arbitraires et les discriminations. Elle protège également les « attentes légitimes » des investisseurs dans le cas où des promesses faites par l'Etat d'accueil (i.e. brevets, permis,

etc.) n'étaient pas tenues. Toutefois, les « attentes légitimes » susmentionnées doivent être pleinement définies dans le contrat car le terme est vague et ne fait pas consensus.

La clause de traitement national stipule que l'Etat-hôte s'engage à traiter les investisseurs étrangers comme ses nationaux, sans aucune inégalité.

La clause de la nation la plus favorisée accorde à un investisseur étranger de réclamer à l'Etat d'accueil les mêmes droits qu'un investisseur étranger venant d'un autre Etat que celui du premier et de l'Etat-hôte, et bénéficiant d'un TBI plus avantageux. Cette clause est étroitement liée à celle régissant les normes de protection absolues (NPF). Cette dernière insiste sur le fait que les investisseurs étrangers ainsi que leurs investissements doivent être traités de la même façon que les autres investisseurs (et investissements) étrangers présents sur le territoire de l'Etat d'accueil.

La clause de protection contre l'expropriation oblige l'Etat d'accueil à verser une compensation à un investisseur étranger si l'investissement de celui-ci fait l'objet d'une expropriation directe ou indirecte. La clause de « protection et sécurité intégrales » assure une protection de l'investissement contre toutes les situations susceptibles de mettre en péril l'investissement telles qu'une guerre civile ou un coup d'Etat.

Le libre transfert des fonds est assuré par une clause permettant aux investisseurs étrangers de rapatrier tous les fonds associés à l'investissement tels que les bénéfices, les dividendes, les intérêts, les frais et autres gains de capital.

d. Les dispositions juridictionnelles du TBI

Les clauses de délégation de compétence laissent aux parties le droit de choisir la meilleure juridiction possible pour résoudre les litiges liés au traité bilatéral d'investissement. Les Etats désignent traditionnellement un juge national mais d'autres options s'offrent aux contractants telles qu'un arbitrage ad hoc (l'arbitrage n'est pas confié à une institution permanente spécialisée mais laissé au soin des parties elles-mêmes suivant les conseils de leurs avocats) ou institutionnel. Certains TBI disposent d'une « clause electa una via » stipulant que les parties ne peuvent choisir une autre juridiction une fois que celle-ci a été déjà désignée.

Les clauses de délimitations du champ de compétence définissent les champs matériel et personnel des investissements auxquels s'applique la juridiction choisie en cas de litige. L'importance du champ matériel est variable. Le champ matériel peut être limité aux litiges liés à l'interprétation ou à l'application ou s'étendre à tous les différends liés aux investissements protégés.

Le champ personnel peut être défini de deux façons : le TBI peut permettre aux deux contractants de soulever un litige ou alors il peut permettre à un investisseur étranger de soulever un litige contre l'Etat-hôte.

e. Lien entre les traités bilatéraux d'investissement et les contrats d'Etat

Les traités bilatéraux d'investissement avaient pour but de fixer des règles internationales nécessaires au bon respect des termes du contrat. Ces règles internationales tirent leurs origines des contrats établis par des investisseurs étrangers avec des Etats dont la soumission au droit international est acquise.

f. Limites de la fonction des TBI dans le cadre des contrats d'Etat

Un traité bilatéral d'investissement n'est utile que s'il est fondé sur un contrat d'Etat. C'est pour cette raison que les TBI sont souvent appelés des « traités parapluies » c'est-à-dire qu'ils protègent le contrat d'Etat en établissant précisément les règles internationales qui doivent être respectées par l'Etat en supposant que ce dernier (soit l'Etat d'accueil) est bien soumis au droit international. De ce fait, dans le cas où l'Etat d'accueil outrepasserait ses droits, il serait possible de saisir un tribunal arbitral seulement si un contrat était établi entre l'investisseur étranger et l'Etat-hôte, et s'il était clairement précisé dans le contrat susmentionné que ladite juridiction internationale serait saisie en cas de litige.

Il est important de noter que les différentes organisations d'arbitrage généralement mentionnées dans les TBI sont le CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), la CNUDCI (Commission des Nations unies pour le droit commercial international), la CCS (Chambre de commerce de Stockholm) et la CCI (Chambre de commerce internationale).

g. Cas de jurisprudence 1 : AAPL c. Sri Lanka

L'affaire Asian Agricultural Products Ltd(AAPL) c. République du Sri Lanka est une des plus connues et des plus représentatives en ce qui concerne les litiges rencontrés dans un contrat d'Etat. L'interprétation et l'application des dispositions du TBI entre le Royaume-Uni (Hong-Kong appartenait encore au pays à cette époque) et la République du Sri Lanka ont été sujettes à un débat.

L'AAPL, une entreprise d'origine chinoise siégeant à Hong-Kong, se faisait régulièrement approvisionner en crevettes par Serendib Seafoods Ltd, une usine Sri Lankaise dont AAPL possédait 48.2% des parts. Cette acquisition a eu lieu en 1983. Quatre ans plus tard, alors que des tensions naissent dans le pays suite à une rébellion de la part de la population, une guerre civile est déclarée entre la police et un groupe de rebelles. La Serendib Seafoods Ltd fut complètement détruite.

Consciente de l'énorme perte de profits, l'AAPL a donc demandé une indemnisation. Malheureusement, l'entreprise ne disposait d'aucun lien de droit avec le Sri Lanka car le traité bilatéral d'investissement ne reposait pas sur un contrat entre l'AAPL et les autorités sri lankaises mais un contrat entre des investisseurs privés chinois et sri lankais. Il ne s'agissait donc pas d'un contrat d'Etat. Par conséquent, le Royaume-Uni, auquel appartenait Hong-Kong, n'avait techniquement aucun moyen de saisir un tribunal arbitral. Toutefois, une clause compromissoire dans le TBI, permit de changer la donne.

Le traité bilatéral d'investissement entre le Royaume-Uni et le Sri Lanka comportait effectivement une clause compromissoire à travers laquelle chaque contractant consentait à soumettre au CIRDI, tout litige relatif aux investissements surgissant entre les deux contractants. Les litiges devaient précisément concerner un investissement fait par le Royaume-Uni et le Sri Lanka⁸³.

83« each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes [...] any legal dispute arising between the Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former. », Sri Lanka- UK BIT.

Bien que le TBI stipule que la saisine d'un tribunal arbitral est possible, il ne précise pas à qui appartient le droit de saisine. Toutefois, les arbitres argumenteront que la saisine d'une juridiction appartient à l'investisseur étranger.

h. Cas de jurisprudence 2 : TBI entre la France et la Turquie

À Ankara, le 15 juin 2006, un accord a été signé entre la France et la Turquie « sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements ». Selon l'Article 8, le règlement des différends entre une personne privée et un Etat peut être fait arbitrer par le CIRDI. Selon l'Article 9, le règlement des différends entre les Parties contractantes peut être fait par la saisine d'un tribunal arbitral.⁸⁴

j. L'arbitrage « sans lien de droit » (« *without privity* »)

Lorsque les deux parties contractantes consentent à soumettre leurs différends à une organisation permanente spécialisée dans l'arbitrage, cela fonde la compétence même du tribunal arbitral. Toutefois, certains sceptiques comme Jan Paulsson parlent d'« arbitrage sans lien de droit » (« *arbitration without privity* ») ou d'« arbitrage transnational unilatéral » comme le fait Walid Ben Hamida⁸⁵. Il s'agit ici d'un arbitrage lancé par une personne privée contre un Etat, seulement si la personne privée décide qu'un arbitrage doit avoir lieu. L'Etat d'accueil est donc obligé d'accepter l'arbitrage.

A la lumière de tout ce qui a été développé concernant les caractéristiques du droit international de l'investissement, il convient de voir maintenant l'encadrement juridique des investissements internationaux (Chapitre 2).

84 <http://www.senat.fr/leg/pj107-078-convention.pdf> (Articles 8 et 9)

85 BEN HAMIDA (W.) « L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique ». Thèse de doctorat. Université Panthéon Assas – 2003.

Chapitre 2 - L'encadrement juridique des investissements étrangers

Aujourd'hui, en France comme au Qatar, la question de droit des investissements et leurs codifications, jouent un rôle clé dans l'économie de deux pays. L'enjeu principal, est que le droit de l'investissement présente un certain nombre de particularité au regard du droit international. Ce dernier est né dans contexte interétatique, mais elle s'est développée pour permettre à des personnes privées, qui ont des difficultés à l'accès, de bénéficier d'une protection dans le système juridique international. Cela nous amène à s'interroger sur la pertinence de l'intégration d'une opération d'investissement international dans un droit national dans une relation d'investissement à l'échelle internationale. Pour y répondre, nous allons examiner le droit interne français et qatari à travers les législations spécifiques adoptées par ces Etats au sujet des investissements étrangers (**Section 1**), avant d'envisager les différentes normes internationales telles que les traités internationaux du droit des investissements et les règles sectorielles du droit des investissements (**Section 2**).

Section 1 - Les normes étatiques

La plupart des Etats mettent en place une politique visant à accueillir des investisseurs étrangers tout en gardant en ligne de mire les enjeux d'attractivité internationale et de souveraineté qui en découle. C'est dans cette perspective que s'inscrivent en particulier les politiques de la France et du Qatar, la première souhaitant d'avantage renforcer son attractivité économique alors que l'autre tend à diversifier son économie nationale. De ce fait, les deux pays ont adopté et développé chacun une législation spécifique destinée à fournir un cadre juridique stable et attractif pour les opérateurs qui veulent investir et développer une activité sur leurs territoires. C'est pourquoi, nous allons traiter du contenu respectif des législations nationales de la France (§ 1) et du Qatar (§ 2).

§ 1 - Les normes françaises

Les règles françaises relatives aux investissements internationaux sont insérées dans le droit des relations financières avec l'étranger. Le premier texte à s'engager dans la voie d'une réglementation de l'investissement international est la loi n°66-1008 du 28 décembre 1966 sur

les relations financières avec l'étranger. Celle-ci s'inscrit dans l'objectif de rendre attractif le territoire français pour les investisseurs étrangers. Ainsi, l'article 1^{er} de la loi de 1966 fait reposer l'ensemble du régime français en matière d'investissement sur un principe de liberté des relations financières avec l'étranger en vertu de l'article 1^{er} de la loi n°66-1008 du 28 décembre 1966 sur les relations financières avec l'étranger. L'article ajoute que cette liberté entre la France et l'étranger s'exerce néanmoins dans le respect des engagements internationaux souscrits par la France.

Ce principe est toutefois assorti d'une exception par application de l'article 3. Ainsi, le gouvernement peut, "pour assurer la défense des intérêts nationaux", soumettre par décret à déclaration, autorisation préalable ou contrôle les mouvements de capitaux avec l'étranger, qu'il s'agisse d'investissements français à l'étranger ou d'investissements étrangers en France.

La loi du 28 décembre 1966 a été complétée par la loi n°96-109 du février 1996 relative aux relations financières avec l'étranger, notamment sur le régime d'autorisation des investissements étrangers. Ainsi, en l'absence de la demande d'autorisation préalable exigée sur le fondement la présente loi ou malgré un refus d'autorisation ou sans qu'il soit satisfait aux conditions dont l'autorisation est assortie, l'article 5-1 précise les conditions dans lesquelles le ministre chargé de l'économie français peut enjoindre à l'investisseur de ne pas donner suite à l'opération, de la modifier ou de faire rétablir à ses frais la situation antérieure. Trois types d'investissements étrangers sont visés : les investissements étrangers réalisés dans des activités participant en France, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique, les investissements étrangers de nature à mettre en cause l'ordre public, la santé publique ou la sécurité publique, et les investissements étrangers réalisés dans des activités de recherche, de production ou de commerce d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives destinées à des fins militaires ou de matériels de guerre.

Toutefois, ces deux lois ont été abrogées par abrogés par l'article 4, I, 50, de l'ordonnance n°2000-1223 du 14 décembre 2000. Désormais, leurs dispositions sont insérées dans la partie législative du Code monétaire et financier aux articles L. 151-1 à L.151-4. Par ailleurs, un nouveau régime d'autorisation du ministre en charge de l'économie de certains investissements étrangers sur le sol français, de même qu'un pouvoir d'injonction en cas de méconnaissance de celle-ci, a été inséré à l'article L. 151-3 de ce même code par l'article 30 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit.

A ce dispositif législatif s'ajoute des dispositions de nature réglementaire issues du décret n°2005-1739 du 30 décembre 2005, lequel a repris pour partie des règles figurant déjà dans le décret n°2003-196 du 7 mars 2003. Ces règles sont désormais codifiées aux articles R. 153-1 à R. 153-12 et R. 165-1 à R. 165-2 du Code monétaire et financier. Ces dispositions ont été l'objet en mai 2014 d'une révision étendant le contrôle des autorités françaises sur certains types d'investissements étrangers réalisés en France.

L'ensemble de ces textes repose sur une distinction entre les investissements étrangers en France et les investissements français à l'étranger.

La mise en œuvre de cette distinction repose sur le seul critère de la résidence pour les personnes physiques, tandis que les personnes morales sont soumises soit au critère de la résidence, soit au critère de la nationalité identifiée par la localisation du siège social⁸⁶. Néanmoins, pour les personnes morales, la plupart des obligations inhérentes aux investisseurs s'appuient sur le critère de la nationalité.

Sont donc considérées comme résidents en France les personnes physiques ayant leur principal centre d'intérêt en France, les fonctionnaires et autres agents publics français en poste à l'étranger dès leur prise de fonctions, ainsi que les personnes morales françaises ou étrangères pour leurs établissements en France⁸⁷. La notion de "principal centre d'intérêt en France" correspond à la notion de domicile principal. La résidence en France est fonction du lieu d'habitation occupé le plus fréquemment.

Les investissements diligentés depuis le territoire français à destination de l'étranger relèvent du principe de liberté des relations financières avec l'étranger⁸⁸. Autrement dit, peu importe que l'investissement soit directement réalisé par une personne physique résidant en France ou par une société de nationalité française, ou qu'il ait été diligenté par le truchement d'une filiale ou d'un établissement à l'étranger. Les investisseurs ne sont soumis qu'à une obligation de déclaration à des fins statistiques.

⁸⁶ C. monét. fin., art. R. 151-1, 5°-7° ; R. 152-1, III ; R. 152-2 ; R. 152-5 ; R. 153-2 ; R. 153-4

⁸⁷ C. monét. fin., art. R. 151-1, 2°

⁸⁸ C. monét. fin., art. 151-1

Cependant, ce principe de liberté peut, par exception, être remis en cause pour un État déterminé de destination de l'investissement. Il en est ainsi lorsqu'un texte instaure un embargo à l'encontre d'un Etat étranger en particulier dans la mesure où l'inclusion de clauses d'embargo général est interdite par la législation française. Ces mesures peuvent être dotées d'une portée extraterritoriale c'est-à-dire dont la portée franchit les limites de la souveraineté territoriale du pays qui en est à l'initiative. En France, cette mesure d'embargo résulte, le plus souvent, soit d'une transposition en droit interne d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies⁸⁹, soit d'un embargo d'initiative communautaire prenant la forme d'un règlement européen⁹⁰.

Cependant, s'ils bénéficient également du principe de liberté, les investissements étrangers en France sont soumis à des obligations déclaratives voir même à l'obtention d'une autorisation préalable.

A. Les obligations déclaratives des investisseurs

Une distinction peut être opérée entre, d'une part, les obligations de déclaration à des fins statistiques communs aux investisseurs français et étranger et, d'autre part, les obligations de déclarations administratives inhérentes aux investisseurs étrangers.

D'abord, afin d'établir la balance des paiements et d'évaluer la position extérieure de la France, le Code monétaire et financier pose une obligation de déclaration à des fins statistiques auprès des services de la Banque de France, quel que soit la qualité de résident ou de non-résident de l'investisseur ou de l'intermédiaire financier⁹¹. Sont notamment visés par cette obligation les investissements directs étrangers en France ou français à l'étranger définis comme les opérations par lesquelles des non-résidents ou des résidents acquièrent au moins 10 % du capital ou des droits de vote, ou franchissent le seuil de 10 %, d'une entreprise résidente ou non résidente respectivement ainsi que, plus largement, toutes les opérations

⁸⁹ Par exemple : La résolution 748 du Conseil instituant un embargo à l'encontre de la Syrie rendue effective sur le sol français par le décret n° 92-387 du 14 avril 1992 abrogé par le décret n° 2004-372 du 29 avril 2004.

⁹⁰ Par exemple : Le règlement communautaire (CE) n° 423/2007 du 19 avril 2007 relatif à l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de l'Iran interdit l'investissement dans des entreprises iraniennes déployant une activité dans le domaine du nucléaire.

⁹¹ C.mon.fin., art. R. 152-1 à 152-4

entre entreprises apparentées, de quelque nature qu'elles soient, telles que prêts, emprunts ou dépôts, ainsi que les investissements immobiliers⁹². Le non-respect de cette obligation est sanctionné par, entre autres, une peine d'emprisonnement de cinq ans et d'une amende égale au minimum au montant et au maximum au double de la somme sur laquelle a porté l'infraction ou la tentative d'infraction au titre de l'article 459 du Code des douanes par renvoi de l'article L. 165-1 du Code monétaire et financière.

En outre, tous les investissements étrangers réalisés en France sont également assujettis à une déclaration administrative⁹³. Cette simple obligation permet à l'Administration de vérifier *a posteriori* que l'investissement étranger qui avait été réalisé n'entre pas dans le champ d'application des autorisations préalables exigées pour certains secteurs d'activités. Le champ d'application *rationae materiae* et *rationae personae* de cette obligation a évolué. Avant l'entrée en vigueur du décret du 10 mai 2017, l'article R. 152-5 du Code monétaire et financier détaillait les investissements étrangers faisant l'objet d'une déclaration à l'administration. Parmi les investissements étrangers figuraient :

- Les opérations qualifiées d'investissements directs étrangers à savoir : la création d'entreprise nouvelle en France par une entreprise de droit étranger ou une personne physique non résidente, l'acquisition de tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise de droit français par une entreprise de droit étranger ou une personne physique non résidente l'acquisition de tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise de droit français par une société de droit étranger ou par une personne physique non résidente ; toutes opérations effectuées dans le capital d'une société de droit français par une société de droit étranger ou par une personne physique non résidente dès lors que, après l'opération, la somme cumulée du capital ou des droits de vote détenus par des entreprises étrangères ou des personnes physiques non résidentes excède 33,33 % du capital ou des droits de vote de l'entreprise française ; les mêmes opérations effectuées par une entreprise de droit français dont le capital ou les droits de vote sont détenus à plus de 33,33 % par une ou des entreprises de droit étranger ou une ou des personnes physiques non résidentes ;

⁹² C. mon. fin., art. R. 151-1, 4°

⁹³ C. mon. fin., art. R. 152-5

- L'octroi de prêts ou de garanties substantielles ou l'achat de brevets ou de licences, l'acquisition de contrats commerciaux ou l'apport d'assistance technique qui entraînent la prise de contrôle de fait d'une entreprise de droit français par une entreprise de droit étranger ou une personne physique non résidente ;
- Les opérations qualifiées d'investissements indirects étrangers, à savoir : les opérations effectuées à l'étranger ayant pour effet de modifier le contrôle d'une entreprise non résidente, elle-même détentrice d'une participation ou de droits de vote dans une entreprise de droit français dont le capital ou les droits de vote sont détenus à plus de 33,33 % par une ou des entreprises de droit étranger ou des personnes physiques non résidentes.

Huit cas d'exonérations étaient également prévus, comme celui de la création ou de l'extension d'activité d'une entreprise de droit français existante et détenue directement ou indirectement par des entreprises de droit étranger ou celui de l'acquisition de terres agricoles. Malgré ces cas dérogatoires, la portée de l'obligation de déclaration demeurait particulièrement étendue⁹⁴.

Désormais, ce régime n'existe plus de manière autonome et est supprimé par le décret du 10 mai 2017. Il continue toutefois de s'appliquer aux investissements faisant l'objet d'une autorisation. Il en résulte un allègement des vérifications à effectuer pour le ministre de l'Economie. Les opérations sont simplifiées à la marge, ce qui, pour autant, n'est pas de nature à véritablement simplifier les investissements étrangers du point de vue des investisseurs. Cependant, le non-respect de cette obligation administrative demeure assorti d'une sanction pénale qui correspond à une amende égale au montant maximum applicable aux contraventions de 4e classe⁹⁵.

Outre la déclaration administrative, le droit français prévoit également, pour certains types d'investissements étrangers jugés cruciaux ou sensibles, un régime d'autorisation préalable délivrée par le ministre chargé de l'Economie⁹⁶.

⁹⁴ LIENHARDT (P.A.) et RAMBAUD (A.), « le contrôle des investissements étrangers par le ministre de l'Economie », *La semaine juridique entreprise et affaire*, hebdomadaire n°37, 14 septembre 2017.

⁹⁵ C. mon. fin., art. R165-2

⁹⁶ AUDIT (M.), BOLLEE (S) et CALLE (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2016 LGDJ, P.238.

B. L'exigence spécifique d'autorisations préalables pour les secteurs stratégiques

Sont soumis à autorisation préalable du ministre chargé de l'économie les investissements étrangers dans une activité en France soit intervenant dans un domaine qui participe à « l'exercice de l'autorité publique », même à titre occasionnel, soit relevant « d'activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale » ou « de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives »⁹⁷. L'article R.153-2, modifié par le décret n°2014-479 du 14 mai 2014 en réponse aux critiques dans l'affaire de *l'Eglise de scientologie*⁹⁸, énumère une douzaine d'activités relevant des secteurs visés ici comme les jeux d'argent, la sécurité privée, la sécurité des systèmes d'information, la cryptologie, l'armement ou encore l'énergie.

Cependant, la liste ainsi établie se limite à énumérer les secteurs d'activités concernés et ne détaille pas au sein de ces secteurs, les activités qui relèvent effectivement de ce régime. D'ailleurs, le décret du 10 mai 2017 ne permet pas de clarifier les contours de l'autorisation préalable puisqu'il reprend les mêmes éléments de définition. Ce flou est de nature à maintenir un large pouvoir au ministre de l'Economie pour soumettre un investissement à autorisation préalable. D'où l'intérêt pour les opérateurs de rechercher dans les réglementations sectorielles des éléments de définition susceptibles d'être transposés. Toutefois, ces réglementations ne sauraient constituer une preuve suffisante à elles seules. Elles constituent tout au plus un indice apprécié de façon discrétionnaire par le ministre de l'Economie, sans obligation de l'intégrer dans son contrôle⁹⁹. Le maintien de cette marge de manœuvre importante aux mains de l'Administration peut être vecteur d'aléa pour les investisseurs étrangers.

En outre, le nouveau système d'autorisation préalable issu du décret du 14 mai 2014 a introduit une différence de régime entre les investisseurs européens et les investisseurs non européens. La notion d'« investisseur européen » est entendue au sens large en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale. Sont considérées comme européennes :

⁹⁷ C. mon. fin., art. L. 151-3, I

⁹⁸ CJCE, 14 mars 2000.

⁹⁹ LIENHARDT (P.A.) et RAMBAUD (A.), « le contrôle des investissements étrangers par le ministre de l'Economie », La semaine juridique entreprise et affaire, hebdomadaire n°37, 14 septembre 2017.

- Les personnes physiques ressortissantes d'un Etat membre de l'UE ou d'un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen ayant conclu une convention d'assistance administrative avec la France ou encore les personnes physiques de nationalité française résidant dans l'un de ces Etats ;
- Les personnes morales dont le siège social se situe dans l'un de ces Etats¹⁰⁰ voir même, sous certaines conditions, les sociétés de droit français contrôlée par un investisseur européen¹⁰¹.

Une fois le critère *rationae personae* satisfait, ces investisseurs européens bénéficient d'un régime de faveur dans la mesure où le domaine des secteurs d'activités soumis à l'autorisation préalable est réduit de moitié aux activités de cryptologie, celles liées à la défense nationale, la production et commerce de matériels de guerre, d'approvisionnement énergétique, en eau, aux réseaux de transport, aux réseaux de communication électroniques ou encore à la production de la santé publique¹⁰². Mais, même dans ces secteurs d'activité, toutes les opérations entreprises en France par des investisseurs européens ne nécessitent pas une autorisation préalable. En réalité, seuls deux types d'opération y sont sujets¹⁰³:

- L'acquisition d'un contrôle, au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, dans une entreprise dont le siège social est établi en France ;
- L'acquisition directement ou indirectement de tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise dont le siège social est établi en France.

S'agissant de ce second type d'opérations exclusivement, une autorisation préalable est également requise pour les activités de sécurité privée, certaines activités de recherche ou de production dans le domaine bactériologique, chimique ou en matière d'interception des

¹⁰⁰ C. mon. fin., art. R. 153-4

¹⁰¹ C. mon. fin., art. R. 153-5-2

¹⁰² C. mon. fin., art. R. 153-2, 8° à 12°, par renvoi de l'art. R. 153-3

¹⁰³ C. mon. fin., art. R. 153-3

correspondances et de détection à distance des conversations, de sécurité des systèmes technologies de l'information ou de biens ou technologies à double usage¹⁰⁴.

Quoi qu'il en soit, le système mis en place reste néanmoins plus favorable pour les investisseurs européens qu'à l'égard des investisseurs d'États tiers. En effet, les investisseurs qui ne sont pas considérés comme européens font l'objet d'un régime d'autorisation préalable plus rigoureux, en ce que le spectre du régime de l'autorisation préalable est plus extensif, et ce à double titre¹⁰⁵. D'une part, la liste des domaines visés est deux fois plus longue¹⁰⁶. D'autre part, les opérations soumises à autorisation sont non seulement, comme pour les investisseurs européens, l'acquisition d'un contrôle au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, dans une entreprise dont le siège social est en France et l'acquisition directement ou indirectement de tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise dont le siège social est en France, mais aussi le franchissement de seuil de 33,33% de détention directe ou indirecte du capital ou des droits de vote d'une entreprise dont le siège social est en France¹⁰⁷.

Par ailleurs, sont régulièrement édictées des dispositions spéciales visant à procéder au « gel des avoirs financiers » provenant de nations soupçonnées d'avoir des liens avec des organisations terroristes. Ainsi, le décret no 2007-169 du 8 février 2007 modifié soumet à autorisation préalable du ministre chargé de l'Économie certaines opérations financières effectuées en France pour le compte des personnes physiques ou morales liées aux secteurs nucléaire et militaire iraniens.¹⁰⁸

Le défaut d'autorisation est sanctionné en vertu de l'article L. 151-4 qui dispose que « tout engagement, convention ou clause contractuelle réalisant un investissement en méconnaissance de l'exigence d'autorisation préalable est frappé de nullité ». Cette sanction est également d'ordre public international puisqu'une sentence arbitrale l'ayant méconnue ne pourra produire d'effet sur le sol français¹⁰⁹.

¹⁰⁴ C. mon. fin., art. R. 153-5

¹⁰⁵ AUDIT (M.), BOLLEE (S) et CALLE (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2016 LGDJ, P.239.

¹⁰⁶ C. mon. fin., art. R 153-2

¹⁰⁷ C. mon. fin., art. R 153-1

¹⁰⁸ CHVIKA (E.), « Aménagement du contrôle des investissements étrangers dans les secteurs stratégiques en France », *D.* 2006. Chron. 218.

¹⁰⁹ Paris, 5 avril 1990.

C'est ainsi que l'Etat français régleme les flux d'investissements à destination de son territoire ou en provenance de celui-ci. Toutefois, cette compétence de principe du droit national connaît des limites. En effet, la France doit respecter ses engagements internationaux, parmi lesquels figurent les accords bilatéraux. Ainsi, depuis plus d'une vingtaine d'année, la France et le Qatar ont mis en place une stratégie commune en matière d'investissement à l'étranger. Encore faut-il étudier le droit national du Qatar.

§ 2 - Les normes qatariennes

L'objectif du Qatar est de devenir un pays leader en termes d'environnement des affaires et d'investissements étrangers. D'ailleurs, cet objectif a une valeur constitutionnelle. Celui-ci figure à l'article 31 de la Constitution de 2004 qui dispose que « l'Etat encourage les investissements et leur fournit les garanties et les moyens nécessaires ». En effet, les investissements directs étrangers au Qatar, dont les flux ont été particulièrement importants entre 2005 et 2010, ont joué un rôle moteur dans l'essor de l'économie qatarienne en permettant l'exploitation et la mise en valeur des importantes ressources naturelles du pays, et en accompagnant sa politique de diversification économique.

De plus, les investissements étrangers n'ont cessé d'augmenter ces dernières années grâce à un environnement politique globalement stable, à une devise stable indexée sur le dollar américain, à la qualité des infrastructures, à un des taux d'imposition sur les sociétés parmi les plus bas du monde (10%) et à la stratégie législative en matière d'investissement qui tend à être toujours plus attractive à l'égard des investisseurs étrangers.

A. Une attractivité législative renforcée

La loi n°13/2000 sur l'investissement est la principale législation régissant les investissements étrangers. Les entreprises exerçant leurs activités au Qatar sont principalement régies par la loi sur les sociétés commerciales n°5/2002 relative aux sociétés et aux partenariats. Ces deux lois combinées gouvernent les principes généraux des investissements étrangers au Qatar.

La loi n ° 9/2014 a modifié certaines dispositions de la loi n ° 13/2000 réglementant l'investissement du capital non-qatarien dans l'activité économique. Auparavant, la limite des participations étrangères autorisées dans les sociétés cotées était de 25%. Dorénavant, cette limite s'élève à 49%. Cette nouvelle loi dispose également que les investisseurs non-qataris sont autorisés à détenir jusqu'à 49% des actions d'une société qatarie cotée à la bourse du Qatar (QE). La propriété de 49% des parts doit figurer dans le protocole d'association ou les statuts de la société après obtention de l'approbation du ministère de l'Économie et du Commerce. En vertu de la loi modifiée, ces investisseurs peuvent aussi posséder plus de 49%, à condition qu'ils obtiennent l'approbation du Cabinet. De plus, les ressortissants du Conseil de coopération du Golfe (ci-après, « CCG ») à savoir ceux de l'Arabie saoudite, Oman, Koweït, Bahreïn et Émirats arabes unis sont traités comme des citoyens qataris appartenant à des sociétés cotées à la bourse du Qatar. Les effets de ces modifications sont rétroactifs. Les ressortissants des pays du CCG non-qataris, anciennement traités comme des étrangers dans le but de négocier en bourse du Qatar, recevront désormais un traitement égal à celui des citoyens qataris. Les actions qatariennes dont ils sont titulaires ne sont plus considérées comme une propriété étrangère. Au contraire, leurs participations équivalent à celles d'un qatarien.

Plus généralement, la part détenue par les investisseurs étrangers est limitée à 49% du capital pour la plupart des activités commerciales tandis que le partenaire qatarien doit détenir au moins 51%. Cependant, sous réserve d'obtention de l'approbation spéciale du gouvernement, la loi autorise la propriété à 100% des investisseurs étrangers dans certains secteurs tels que l'agriculture, l'industrie, la santé, l'éducation, le tourisme, le développement et l'exploitation des ressources naturelles, de l'énergie ou encore des mines.

Depuis la loi de 2000, le Qatar a modifié à de nombreuses reprises sa législation en matière d'investissements étrangers dans le but de poursuivre l'ouverture de son territoire aux investisseurs étrangers. Ainsi, la loi de 2004 autorise les investissements étrangers dans les secteurs de la banque et de l'assurance à condition d'obtenir l'approbation du Conseil des ministres. De plus, les sociétés de services financiers étrangères sont autorisées à être détenues à 100% par le Qatar Financial Center (ci-après, « QFC »). En outre, le 31 octobre 2009, le Conseil des ministres a approuvé les modifications proposées par le Ministère de l'économie et du commerce afin de permettre aux investisseurs étrangers la détention à 100% de certaines activités, telles que le conseil aux entreprises et les services techniques, les

services d'information et de communication, les services culturels, les services de sports, les services de divertissement et les services de distribution¹¹⁰.

Aussi, le Qatar a libéralisé le secteur des télécommunications pour permettre l'investissement privé étranger. Ainsi, un consortium s'est vu attribuer, par exemple, la deuxième licence fixe du pays en septembre 2008. Cependant, le minimum de capital initial requis s'élève à 200 000 riyals qatariens (ci-après, « QR ») pour toutes les entreprises de télécommunications et, plus globalement, pour toutes les Limited Liability Company (ci-après, « LLC »), la plus fréquente forme juridique de société en matière d'investissement. Cette exigence de capital minimum crée une barrière de nature à restreindre l'accès aux « petits » investisseurs.

Par ailleurs, lors de l'approbation d'une participation majoritaire étrangère dans un projet, la loi affirme un traitement plus favorable pour les projets d'investissement en phase avec les plans de développement du pays. Sont donc préférés les projets qui utilisent des matières premières disponibles sur le marché local, fabriquent des produits destinés à l'exportation, produisent un nouveau produit ou utilisent des technologies avancées, facilitent le transfert de technologie et de savoir-faire aux qataris et favorisent le développement des ressources humaines nationales. Dans ce cas particulier, les investisseurs étrangers peuvent être autorisés à détenir 100% du capital de l'entité. En revanche, ces autorisations ne sont pas automatiques. Ces dernières sont délivrées au cas par cas et ce dans le respect, semble-t-il, d'un certain quota¹¹¹.

Par ailleurs, le Qatar dispose d'un régime fiscal très attractif à l'image de sa région. Selon la dernière édition de *Paying Taxes 2017*, un rapport de PwC et du Groupe de la Banque mondiale, la région du Moyen-Orient a le régime fiscal le moins exigeant, se classant constamment en dessous de la moyenne mondiale. Le rapport souligne que la société étudiée au Qatar a un taux d'imposition total moyen de 11,3%. Autrement dit, il faut en moyenne 41 heures à l'entreprise pour se conformer à ses affaires fiscales et qu'elle effectue en moyenne 4 paiements. A ce propos, Neil O'Brien, directeur fiscal de PwC Qatar, a déclaré que "le Qatar continue d'offrir un système fiscal très compétitif et efficace à l'appui de son objectif d'élargir son économie non pétrolière et gazière. En plus de fournir un taux d'imposition extrêmement compétitif pour les entreprises, le Qatar a récemment investi dans son administration fiscale

¹¹⁰ The U.S State Department's Office of Investment Affairs' Investment Climate Statement.

¹¹¹ KPMG, "Investing in Qatar, tax and corporate services".

avec l'introduction du dépôt en ligne pour les impôts sur les sociétés et les retenues à la source".

Les ressortissants qatariens ne sont soumis à aucune forme d'impôt sur les sociétés ou sur le revenu, bien que les ressortissants soient obligés de payer la Zakat, une « aumône légale », qui représente généralement environ 2,5% des bénéfices. Bien qu'il n'y ait pas d'impôt sur les salaires au Qatar, les investisseurs étrangers sont soumis à l'impôt sur leurs revenus de placement. La loi fiscale entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010 impose un taux forfaitaire de 10% à toutes les sociétés non-qatariennes et aux partenaires étrangers présents dans les sociétés qatariennes. La seule exception se situe dans le secteur de l'énergie où il existe un taux d'imposition de 35% sur toutes les opérations pétrolières et gazières, à moins d'être exemptées par décret d'Emir. Cependant, un régime transitoire est prévu pour les entreprises bénéficiant déjà d'exonérations fiscales ou celles bénéficiant d'exonérations fiscales gouvernementales. Ces entreprises ne seront pas imposées avant le terme de ces accords. De plus, si ces accords ont été conclus par le gouvernement (ministère, agence, organisme ou institution publique) avant l'application de la nouvelle loi et qu'aucun taux d'imposition n'a été spécifié, le taux d'imposition de 35% sera imposé, sauf dérogation par décret d'Emir. Le taux d'imposition et toutes les autres exigences fiscales prévues dans les accords relatifs aux opérations pétrolières continueront d'être définis par la loi n° 3/2007 sur l'exploitation des richesses et des ressources naturelles¹¹².

La législation fiscale s'applique aux revenus provenant d'activités commerciales, aux contrats partiellement ou entièrement exécutés au Qatar, aux propriétés, y compris les cessions de participations dans les sociétés par actions ou les sociétés à capitaux privés dont les actifs sont principalement constitués de propriétés. Les revenus provenant de l'exploration et de l'extraction des ressources naturelles dans l'État et les intérêts sur les prêts reçus au sein de l'État sont également taxables. Les cadeaux, les articles de luxe et les frais de représentation ne sont pas déductibles. Les entreprises appartenant au Qatar, les petites entreprises artisanales avec un maximum de trois travailleurs et ne dépassant pas 100 000 riyals qatariens de bénéfice, les revenus individuels provenant de sources diverses telles que les intérêts bancaires, les dividendes en actions, les salaires, les traitements, les allocations et les organisations, associations et sociétés caritatives étrangères et autres organisations à but non

¹¹² The U.S State Department's Office of Investment Affairs' Investment Climate Statement.

lucratif sont toutes exonérées d'impôt. En vertu de la loi n° 13/2000, le Ministère des finances peut accorder un congé fiscal d'une durée maximale de dix ans pour les nouveaux investissements étrangers dans des secteurs clés. D'autres exemptions peuvent être accordées au cas par cas en vertu de la loi n° 21/2009 pour une période maximale de six ans.

En application de l'article 11-2 de la loi n° 21/2009, les paiements effectués à des non-résidents pour des activités non liées à un établissement stable au Qatar sont soumis à une retenue à la source, comme suit : 5% des redevances brutes et des honoraires techniques d'une part, 7% des intérêts bruts, commissions, frais de courtage, jetons de présence et autres paiements pour services rendus en totalité ou en partie au Qatar d'autre part.

Les entreprises établies dans le Qatar Financial bénéficient d'un statut d'exemption fiscale depuis le début des opérations en 2005 jusqu'en 2009. Le nouveau régime fiscal de QFC entré en vigueur en 2010 prévoit un taux de 10% sur les bénéfices, mais les entreprises de gestion d'actifs en sont exemptées.

Il existe deux types de pénalités pour défaut de paiement de l'impôt sur les sociétés : les pénalités associées aux retards de production et les retards de paiement. Les entreprises, locales ou étrangères, qui ne parviennent pas à produire leur déclaration de revenus se verra infliger une amende de 100 QR par jour jusqu'à un maximum de 36 000 QR. Les personnes reconnues coupables d'avoir fait de fausses déclarations sur leurs impôts ou d'avoir tenté d'échapper à l'impôt encourent jusqu'à trois mois d'emprisonnement et une amende maximale de 15 000 QR. Une autre amende de 20% de la taxe due sera perçue sur les entreprises qui se sont révélées être en violation de la loi fiscale. Le montant des pénalités peut être multiplié par deux pour les récidivistes. Un retard de paiement peut entraîner une pénalité financière égale au montant de l'impôt impayé, en plus du paiement de la taxe normalement due.

B. Une ouverture aux investissements étrangers très encadrée

Malgré l'ouverture progressive du pays à l'égard des investissements étrangers, un certain nombre de restrictions sont posées aux investisseurs étrangers.

D'abord, les entreprises étrangères sont tenues d'utiliser un agent local pour les questions liées au parrainage et à la résidence des employés. Néanmoins, depuis la loi n ° 23/2006, les étrangers peuvent obtenir un permis de résidence sans parrain local s'ils possèdent une propriété résidentielle ou commerciale dans une « free zone » ou zone spéciale désignée par le Cabinet. En effet, la loi n ° 34/2005 sur l'investissement dans les « free zones » permet aux entreprises qui y sont installées de bénéficier d'un régime dérogatoire au droit commun. Plusieurs avantages sont octroyés afin d'encourager l'investissement étranger dans ces zones :

- La société peut y être détenue à 100 % par un étranger ;
- La société ne sera pas soumise à la législation fiscale du pays durant 20 ans, période susceptible d'être renouvelée pour une durée similaire par décision du Conseil des ministres ;
- L'entreprise peut rapatrier les capitaux et bénéfices sans restriction et importer en franchise des biens et des services ;
- Les non-Qataris peuvent également avoir un droit d'utilisation des terrains immobiliers pour une durée de 99 ans renouvelable sur approbation du gouvernement.

Le décret-loi n ° 21/2017 a modifié certaines dispositions de la loi n ° 34/2005 sur les zones franches d'investissement. Désormais, l'Autorité des zones franches bénéficie d'une autonomie administrative et financière ainsi que de l'extension de ses pouvoirs d'octroi de licences aux entreprises enregistrées dans la zone franche. Selon le Premier ministre, il s'agit de « renforcer l'authenticité des organisations étatiques pour atteindre la Vision nationale du Qatar 2030 et ses stratégies nationales et ses orientations économiques basées sur la libéralisation du commerce et de l'économie, et donner au secteur privé un rôle de pionnier dans les activités économiques du pays¹¹³».

En dehors des zones spéciales, le régime demeure restrictif. Les licences d'importation ne sont délivrées qu'aux personnes de nationalité qatarie ou aux sociétés détenues ou contrôlées par

¹¹³ “New law offers big incentives to investors”, *The gulf times*, November 2017.

des qataris. Dans la pratique, des exceptions sont parfois faites pour des sociétés étrangères, telles que celles qui concluent des contrats avec le gouvernement.

En outre, certains secteurs ne sont pas ouverts à la concurrence intérieure ou étrangère, notamment les transports publics, l'électricité, l'eau, l'acier, le ciment et la distribution et la commercialisation du carburant. Dans ces secteurs, une seule entreprise semi-publique exerce un contrôle complet ou prédominant.

Les décisions judiciaires dans les litiges commerciaux sont principalement basées sur des accords contractuels, à condition que ces accords ne soient pas en conflit avec les lois qatariennes applicables. Les entreprises étrangères sont fortement encouragées à consulter un avocat local avant de conclure un accord commercial avec une entité locale.

Les investisseurs étrangers ne sont généralement pas autorisés à participer aux introductions en bourse (IPO), bien que des exceptions soient occasionnellement faites au cas par cas (principalement pour d'autres ressortissants du CCG). Les règles de pourcentage de propriété étrangère peuvent être levées avec l'approbation du Cabinet.

Par ailleurs, Doha abrite le Qatar Financial Center institué en 2005. La loi n° 2 de 2009 a modifié certaines de ses dispositions pour « construire un centre financier international de classe mondiale ». Le QFC n'est ni un centre offshore, ni une zone franche, ni un développement immobilier. Le QFC a été conçu pour avoir des normes internationales en matière de règlement des différends pour attirer des services commerciaux et financiers internationaux au Qatar. En effet, le Qatar Financial Center a ses propres tribunaux civils et commerciaux, ainsi qu'un tribunal de réglementation indépendant. Ce cadre juridique moderne, spécialisé, conçu pour entendre les affaires rapidement devant des juges indépendants de renommée internationale est calqué sur la Common Law anglaise et les grands centres financiers existants. Il s'agit d'assurer une véritable sécurité juridique pour les investisseurs étrangers grâce à ce cadre parallèle au cadre étatique fondé principalement sur la Charia et le droit positif depuis la Constitution de 2004.

Ainsi, le QFC permet aux principales institutions financières et sociétés internationales d'établir des bureaux avec une participation étrangère à 100%. Tous les bénéfices ainsi dégagés peuvent être rapatriés à 100%. Les entreprises agréées par le QFC ne font pas l'objet

de restrictions de change, elles sont libres d'opérer dans les devises locales et internationales. Toutes les sociétés enregistrées par le QFC sont soumises à un impôt sur les sociétés de 10% sur les bénéfices locaux.

Néanmoins, ces différences de traitement en fonction des secteurs d'activités, des free zones ou encore de l'adhésion au QFC sont amenées à évoluer prochainement. En effet, le Qatar a approuvé en janvier 2018 un projet de loi autorisant des investisseurs étrangers à détenir 100 % des parts d'une entreprise pour stimuler, entre autres, les revenus non énergétiques. Les investisseurs étrangers pourront posséder des compagnies dans presque tous les secteurs de l'économie, mais ils ne seront pas autorisés à acheter des biens immobiliers ou des franchises. Pour investir dans les secteurs de la banque et de l'assurance, les étrangers devront toutefois obtenir un permis spécial du gouvernement. Selon une déclaration du ministère, "le projet de loi vise à augmenter les recettes fiscales, à protéger les investisseurs étrangers et locaux et à renforcer la position du Qatar sur les indicateurs économiques mondiaux". La date d'entrée en vigueur du projet de loi n'a cependant pas été précisée¹¹⁴.

Garantir la sécurité juridique par le biais de la protection des investissements étrangers au niveau national ne suffit pas pour attirer les investisseurs étrangers. C'est pourquoi, les Etats d'accueil comme la France et le Qatar sont amenés à légiférer dans le respect des principes du droit international des investissements, y compris dans leurs accords bilatéraux. Ainsi, les deux pays se sont engagés « à assurer un traitement juste et équitable conformément aux principes du droit international¹¹⁵ » et à appliquer « un traitement non moins favorable que celui accordé à ses investisseurs, ou le traitement accordé aux investisseurs de la nation la plus favorisée¹¹⁶ » en vertu de l'accord conclu entre la France et le Qatar en 1996.

¹¹⁴ Doha - AFP, « Qatar: les investisseurs étrangers pourront détenir une entreprise à 100% », *Le Point*, janv. 2018.

¹¹⁵ Article 3, décret n°2000-775 du 1^{er} août 2000 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Qatar sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements signé à Doha le 8 juillet 1996.

¹¹⁶ Article 4, décret n°2000-775 du 1^{er} août 2000 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Qatar sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements signé à Doha le 8 juillet 1996.

Section 2 - Les normes conventionnelles du droit des investissements étrangers

Historiquement, l'une des préoccupations majeures du droit international public consiste en la protection de l'investisseur étrangers et des actifs constitutifs de son investissement contre l'éventuel comportement préjudiciable de l'Etat d'accueil. La raison s'explique probablement du fait qu'avant d'être considéré comme faisant partie de la société humaine, tout individu est catégorisé en fonction de son appartenance à une société nationale ou étatique. Or, la société internationale est traditionnellement considérée comme étant composée, avant toute chose par des États, le seul sujet disposant de la plénitude des compétences en droit international¹¹⁷. C'est donc logiquement la situation de l' « étranger » et non pas celle de l' « individu » qui s'est retrouvée au cœur de la réglementation interétatique¹¹⁸.

Aujourd'hui, l'investisseur est devenu destinataire direct d'un nombre important d'instruments conventionnels et dispose d'un droit d'action individuel à l'encontre des Etats étrangers en vertu des mécanismes de règlement des différends mis à leurs dispositions¹¹⁹. Autrement dit, l'investisseur a la capacité de se prévaloir directement des droits conférés par les dispositions internationales, contrairement à d'autres catégories de personnes privées telles que les commerçants.

La matière est toutefois véritablement née lorsque sont apparus en droit international public des standards de protection des investisseurs étrangers. Tout d'abord formulés sous la forme coutumière à la charnière des XIXe et XXe siècles, ils ont ensuite été repris par certaines décisions de jurisprudence internationale. Mais c'est leur énonciation littérale, au cours de la dernière partie du XXe siècle, dans les traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements (TBI) qui a permis à ces standards de protection de connaître le rôle majeur qui est désormais le leur¹²⁰. Désormais érigés au titre de principale source du droit des investissements internationaux, il existe un nombre considérable de traités internationaux.

¹¹⁷ Voir dans le même sens, SCELLE (G.), *Principe de droit des gens. Principes et systématique*, vol.I paru initialement en 1932 aux éditions Sirey, réédité par Paris, Dalloz, 2008, p. 28.

¹¹⁸ ATANASOY (O.), *Recherche sur la notion d'investisseur protégé par le droit international*, *Thèse*, 2017 p.3.

¹¹⁹ ATANASOY (O.), *Recherche sur la notion d'investisseur protégé par le droit international*, *Thèse*, 2017 p.1.

¹²⁰ AUDIT (M.) et CAZALA (J.), *Droit des investissements internationaux – Présentation et sources*, *Lexis*, Fasc. 572-50, 24 Février 2016 p.4.

(§1). En dehors de ces textes portant régimes généraux des investissements étrangers, de nombreux États ont néanmoins institué, à partir des années 1970, des régimes d'exception applicables à certains secteurs de l'économie nationale jugés particulièrement importants pour le développement du pays concerné (§ 2).

§ 1 - Les traités internationaux du droit des investissements

Comme vu précédemment, les normes étatiques offrent à l'investisseur étranger un certain nombre de garantie ou de protection de l'investissement. Celles-ci, présentent toutefois un inconvénient majeur pour les investisseurs étrangers. En effet, l'application conforme en fonction des règles internes dépend directement de l'Etat d'accueil qui, en sa qualité de législateur ou de pouvoir réglementaire, a la possibilité de les modifier¹²¹. Dès lors, le rôle joué en la matière par le droit international public apparaît incontournable puisqu'il ne peut être discrétionnairement modifié par l'État d'accueil.

Indépendamment de l'existence des normes coutumières et de textes non contraignants (*soft law*), la source essentielle des règles de droit international public des investissements est constituée par des règles conventionnelles¹²².

D'après les travaux de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED), il existerait plus de 3 000 traités internationaux comportant des dispositions relatives à l'investissement¹²³. Parmi les multiples traités, il existe deux types de traités : d'une part les traités bilatéraux de promotion et de protection de l'investissement qui constituent l'essentiel de cette masse et, d'autre part, les traités de protection des investissements de nature multilatérale.

¹²¹ AUDIT (M.), BOLLEE (S.) et CALLE (P.), Droit du commerce international et des investissements étrangers, 2016 LGDJ, p.241.

¹²² AUDIT (M.), BOLLE (S.) et CALLE (P.), Droit du commerce international et des investissements étrangers, 2016 LGDJ, p.242.

¹²³ <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

A. Les traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements étrangers

Aujourd'hui, on assiste à une prolifération du nombre des traités bilatéraux d'investissement (TBI) conclus entre les Etats, ce qui s'explique notamment par une participation accrue des pays en développement et la conclusion de plus en plus nombreuse de ces traités, non seulement entre les pays développés et les pays en développement, mais également entre les pays en développement eux-mêmes¹²⁴. Ainsi, selon les chiffres publiés par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), plus de 180 pays sont actuellement liés par des TBI dont plus de 120 sont des pays en développement¹²⁵.

Le contenu rédactionnel des TBI peuvent différer entre eux. Ainsi apparait deux « modèles » : le premier est essentiellement européen et appréhende l'opération d'investissement de manière restrictive tandis que le modèle américain l'appréhende dans sa totalité.

Le « modèle européen » repose sur la conception selon laquelle l'investissement étranger n'était une matière relevant du droit international qu'une fois celui-ci constitué. Autrement dit, la phase de « préinvestissement » lui échappe et demeure soumise au seul droit interne de l'État. Et ce dernier, en tant que souverain territorial, est fondé à contrôler, à soumettre à conditions, voire à interdire, la constitution d'investissements étrangers. Il fallut attendre la réforme du code de la libération des mouvements de 1984 pour que la constitution des investissements étrangers soit appréhendée via le droit d'établissement. Ce modèle européen demeure ici dominant, du moins quantitativement, en raison de son caractère protecteur pour le pays hôte.

En revanche, le « modèle américain » est à l'opposé de la conception essentiellement européenne. Celui-ci entend s'appliquer à la phase dite de « préinvestissement » (art. 3) et se révèle ainsi plus contraignant pour le pays hôte mais plus protecteur pour l'investisseur. Néanmoins, ce « modèle américain » tend à gagner du terrain, dans la mesure où il a été repris

¹²⁴ On est passé de 385 TBI conclus au début des années 1990 à 1857 TBI à la fin du XXe siècle. A la fin de 2008 les TBI conclus ont atteint le nombre de 2,676 selon les chiffres publiés par la CNUCED.

¹²⁵ CNUCED, « Country-specific Lists of Bilateral Investment Treaties », 1er juin 2013
[http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20%28IIA%29/Count
ryspecific-Lists-of-BITs.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20%28IIA%29/Count%20ry-specific-Lists-of-BITs.aspx)

par le Canada ou le Japon qui l'ont intégré dans les accords de commerce préférentiels précités, incluant les investissements (PTA's).

Toutefois, dans la pratique, il n'est pas sûr que la différence d'approche entre le modèle européen et le modèle américain soit très significative. En effet, tous ces accords bilatéraux regorgent d'exceptions soit générales, soit sectorielles, de nature temporaire ou permanente selon les cas, de sorte que c'est à la lumière de ces dernières qu'il convient d'apprécier la portée réelle des engagements souscrits¹²⁶.

Quel que soit le modèle, le but poursuivi est toujours le même : il s'agit d'encourager les flux d'investissements privés internationaux. Pour ce faire, ces traités créent un environnement juridique stable prenant la forme de règles de traitement, de protection et de règlement des différends bénéficiant à l'investisseur étranger. Les obligations souscrites par les deux parties contractantes relevant ainsi de l'ordre international, elles ne pourront plus être modifiées unilatéralement par l'une d'entre elles, la législation nationale devant s'y conformer. Autrement dit, le régime juridique posé bénéficiant de l'autorité, et donc de la stabilité, du droit international, les investisseurs privés n'auront plus à craindre les changements unilatéraux de législation ou réglementation, voire les nationalisations ou atteintes au droit de propriété de nature spoliatrice, à l'égard desquels ils se trouvent ainsi « garantis ».

Si l'objectif général est bien uniforme, les moyens retenus pour l'atteindre sont loin de l'être si l'on va au-delà de l'énoncé des seules têtes de chapitre. Tout naturellement, ils correspondent aux particularismes des intérêts nationaux poursuivis et, en tant que tels, ils constituent une source évidente de discriminations, même, on le verra, en présence d'une clause de la nation la plus favorisée (V. « Les moyens juridiques de la protection »).

B. Les traités multilatéraux en matière d'investissements étrangers

Après la Seconde Guerre mondiale et le phénomène de décolonisation subséquent, l'élaboration de traités multilatéraux en matière de protection des investissements étrangers a été une préoccupation récurrente. Cependant, les premières tentatives d'adoption de projet de texte ont toutes échouées. D'après l'UNCTAD (CNUCED), 73 instruments internationaux à portée multilatérale avaient été conclus ou adoptés durant la période 1948-1996 : 30 d'entre

¹²⁶ CARREAU (D.), Investissements, *Revue Dalloz*, février 2017.

eux n'avaient aucune portée juridique obligatoire, car prenant la forme de simples résolutions d'organisations intergouvernementales ou même d'organisations non gouvernementales, 5 n'avaient jamais reçu la sanction du droit positif.

Ainsi, dans le fil des accords du GATT, a été signé le 24 mars 1948 la Charte de La Havane qui prévoyait la création d'une Organisation internationale du commerce (OIC) totalement intégrée à l'ONU. L'article 12 relatif aux mouvements de capitaux donnait à l'État membre de l'OIC le droit : de prendre toutes mesures appropriées de sauvegarde nécessaires pour assurer que les investissements étrangers « ne serviront pas de base à une ingérence dans ses affaires intérieures ou sa politique nationale » ; de déterminer s'il « autorisera, à l'avenir, les investissements étrangers, et dans quelle mesure et à quelles conditions il les autorisera » ; de prescrire et d'appliquer « des conditions équitables en ce qui concerne la propriété des investissements existants et à venir ». Faute de ratification, la charte est abandonnée en 1950.

De même, en 1992, le projet de code de conduite de l'ONU sur les firmes transnationales (FTN), élaboré en 1982 et qui visait à veiller à ce que « les FTN respectent les droits de la personne et les libertés fondamentales dans les pays où elles exercent leurs activités », a été abandonné, et la Commission des Nations unies sur les firmes transnationales (UNCTC), chargée d'agir dans ce sens, a disparu de l'organigramme des Nations unies, sous la pression des États-Unis. Cela a marqué la fin de l'ambition des Nations unies pour réglementer l'action des FTN¹²⁷.

D'autres organisations ont également tenté d'orienter, sans succès, une partie de leurs travaux vers la protection des investissements. C'est ainsi qu'en 1967, un projet de traité multilatéral en matière de protection du droit de propriété des étrangers a été élaboré sous l'égide de l'OCDE¹²⁸ sans, pour autant, avoir été adopté. Néanmoins, cette organisation a récidivé en 1995 en proposant à nouveau un projet de convention multilatérale souhaitant, cette fois-ci, établir un régime général de protection des investisseurs étrangers. Avec sa portée plus large, cet Accord mondial sur l'investissement (AMI) avait pour ambition de renforcer la protection des investisseurs en réglementant également la phase de préinvestissement au lieu de se limiter, comme la majorité des TBI, à la protection de l'investissement une fois celui-ci

¹²⁷ MAUREL (C.), « Le rapprochement des Nations unies avec le secteur privé, une orientation dangereuse et antidémocratique », *Regards sur l'Europe et le monde*.

¹²⁸ OCDE, Draft Convention on the Protection of Foreign Property, 1967.

acquis. C'est pourquoi, l'AMI introduit diverses obligations pour les gouvernements mais aucune pour les investisseurs afin procéder à une libéralisation accrue des échanges (interdiction des discriminations par la nationalité entre investisseurs) de telle sorte à favoriser le développement. Finalement, face aux nombreuses critiques des opposants, le projet a été abandonné en 1998 sous la pression des Etats du Sud mais aussi devant l'opposition française et la tiédeur des États-Unis.

En revanche, 38 instruments multilatéraux connaissaient la sanction du droit positif (dont 7 à portée universelle) et revêtaient la forme soit de traité ou convention internationale (ce qui est le cas le plus fréquent), soit d'actes unilatéraux obligatoires d'institutions intergouvernementales¹²⁹. Ces instruments juridiques multilatéraux à vocation universelle constituent néanmoins un ensemble disparate. À ce titre et par ordre chronologique, il convient de citer la convention de Washington de 1965 portant création du CIRDI, celle de Séoul de 1985 portant création de l'AMGI, puis l'Accord sur l'OMC conclu à Marrakech en 1994 dans le cadre des négociations commerciales multilatérales dites du cycle de l'Uruguay (Uruguay Round), avec en particulier le GATS et les MIC. Toutes ces conventions ont en commun d'aborder les investissements internationaux d'une manière fragmentaire et non coordonnée¹³⁰.

Signée à Washington le 18 mars 1965, la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États a institué une organisation internationale, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Aussi appelée Convention de Washington, celle-ci est entrée en vigueur le 14 octobre 1966, lorsque vingt Etats l'eurent ratifiée. Ce n'est qu'ultérieurement qu'elle fut ratifiée par la France (entrée en vigueur le 20 septembre 1967) et par le Qatar (entrée en vigueur le 20 janvier 2011). Elle compte aujourd'hui 162 pays signataires dont 153 pays contractants¹³¹. Comme son nom l'indique, son objet ne ressort pas de l'ordre normatif mais relève du seul contentieux. En effet, elle met en place un mécanisme spécial prenant la forme d'un centre chargé « d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage » pour le règlement des différends entre Etats et investisseurs étrangers (art. 1er, al. 2). Cette convention présente un certain nombre de caractéristiques spécifiques :

¹²⁹ V. pour un tableau récapitulatif d'ensemble et une analyse succincte, UNCTAD, World Investment Report 1996. 135 s. et p. 148 s.

¹³⁰ CARREAU (D.), Investissements, *Revue Dalloz*, février 2017.

¹³¹ CIRDI, « Liste des Etats contractants et signataires de la convention au 11 janvier 2018 ».

- Elle constitue le premier et seul, traité international multilatéral de « couverture » (*umbrella agreement*) instituant un arbitrage international mixte entre personnes privées et États en matière d'investissements internationaux. Encore faut-il que les parties concernées consentent à cet ensemble de règles (art. 25). En outre, la compétence du CIRDI est exclusive de toute autre voie de recours (art. 26) dont il en résulte la renonciation de l'État national de l'investisseur à exercer sa protection diplomatique (art. 27) en vertu de la célèbre « clause Calvo » chère aux États latino-américains.
- Le tribunal arbitral ad hoc ainsi saisi applique les règles de droit choisies par les parties, ou à défaut, la loi de l'État contractant partie au différend « ainsi que les principes du droit international en la matière » (art. 42, al. 1er). Autrement dit, les règles du droit international des investissements ont une vocation naturelle à s'appliquer de sorte à garantir une protection certaine à la partie privée. De plus, le tribunal saisi ne pourra « refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit » (art. 42, al. 2).
- La sentence rendue est obligatoire pour les parties (art. 53, al. 1er) et constitue un titre exécutoire sur le territoire des parties contractantes (art. 54). En revanche, l'application *in concreto* d'une sentence CIRDI peut être paralysée au titre des règles internes gouvernant l'immunité d'exécution des États et de leurs émanations.

Ainsi, la « clause CIRDI » est devenue une pratique courante, tant dans les conventions bilatérales d'investissement que dans les contrats « transnationaux » (ou *State contracts*) passés entre États et investisseurs privés étrangers¹³². Cependant, plusieurs États latino-américains ont annoncé leur volonté de se retirer de la convention de Washington. De même, l'Australie devait faire savoir en 2011 qu'il n'entendait plus insérer de clauses « CIRDI » ou autres, faisant référence à l'arbitrage, dans les traités concernant les investissements qu'il viendrait à conclure dans l'avenir¹³³.

¹³² V. Contrats d'État.

¹³³ V. sur ce mouvement de défiance, World Investment Report 2012. 86 s., qui devait encore accentuer ses critiques dans son rapport de 2013, p. 110-117, et proposer des pistes de réformes du mécanisme de règlement des différends World Investment Report, 2015, p. 147-155.

Par ailleurs, la Convention de Séoul du 11 octobre 1985, a créé l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI), une institution spécialisée du groupe de la Banque mondiale qui soutient les flux d'investissements vers les pays en développement en assurant la couverture des risques politiques, les plus redoutés par les investisseurs étrangers. 181 pays sont membres de l'AMGI dont la France et le Qatar¹³⁴. Cependant, l'impact de l'AMGI est limité en raison, notamment, du double emploi des mécanismes de garantie ainsi institués avec ceux mis en œuvre par les pays exportateurs de capitaux. En outre, cette approche de garantie des investissements sous forme d'une police d'assurance internationale n'est plus en adéquation avec les enjeux actuels.

Le cycle d'Uruguay, plus connu sous le terme d'Uruguay Round, est le dernier et le plus important des cycles de négociations internationales ayant eu lieu dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (AGETAC), entre 1986 et 1994. Le cycle d'Uruguay a abouti aux accords de Marrakech (avril 1994), et a finalement donné naissance à l'Organisation mondiale du commerce (1995). Dans le fil de ces accords, un accord spécifique « sur les Mesures concernant les investissements et liées au commerce » (MIC) figure au sein de l'annexe I-A « Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises ». Limité au commerce de marchandises, l'accord MIC tend, d'une part à promouvoir le standard du traitement national en cherchant à « éliminer les différences de traitement entre les produits importés et les produits locaux, et d'autre part, à imposer aux Etats l'obligation d'éliminer les mesures quantitatives. Toutefois, l'investissement n'y est appréhendé qu'à la condition que la mesure incriminée entre dans le champ d'application des accords du GATT ; elle doit donc nécessairement avoir un effet sur la libéralisation des échanges commerciaux, ce qui restreint en pratique de manière importante la portée de l'Accord MIC¹³⁵.

De même, est conclu le nouvel Accord général sur le commerce des services (AGCS ou GATS, selon ses initiales anglaises, pour General Agreement on Trade and Services) en matière d'investissements internationaux. Il s'agit d'un accord multilatéral de libéralisation des échanges de services, qui vise à apporter une utilisation plus efficace des moyens de production en favorisant l'avantage comparatif des pays concernés. Autrement dit, le GATS repose sur une libération concomitante des services et de leur support financier - qu'il s'agisse

¹³⁴ <https://www.miga.org/who-we-are/member-countries/>

¹³⁵ AUDIT (M.), BOLLE (S.) et CALLE (P.), Droit du commerce international et des investissements étrangers, 2016 LGDJ, p.244-245.

d'un simple mouvement de capital ou d'un investissement étranger (V., en général, art. XI). Aussi, les États doivent faire figurer les restrictions affectant les « investissements étrangers » quant au montant de leur participation au capital d'entreprises locales de fourniture de services (art. XVI. 2 f). Ainsi, en matière de services et par le biais de leurs « modes de fourniture », le GATS appréhende l'essentiel des investissements internationaux qui peuvent être réalisés¹³⁶. 128 États sont signataires, dont la France et le Qatar¹³⁷. Toutefois, contrairement au CIRDI, l'investisseur étranger ne bénéficie pas d'un accès direct à un mécanisme autonome de règlement des différends.

En dehors de ces textes portant régimes généraux des investissements étrangers, et constitutifs en définitive d'un droit commun en la matière, de nombreux États ont institué à partir de la décennie 1970 des régimes d'exception applicables à certains secteurs de l'économie nationale jugés particulièrement importants pour le développement du pays concerné.

§ 2 - Les règles sectorielles du droit international des investissements

Il s'agit ici d'identifier un cadre juridique particulier pour les secteurs pourvoyant les ressources les plus importantes pour l'économie nationale. C'est ainsi que dans de nombreux systèmes juridiques nationaux, le Code des investissements cohabite avec un Code minier, un Code pétrolier ou encore un Code des hydrocarbures.

Selon un auteur : « Le droit international de l'investissement n'est donc, au fond, que l'application à un secteur particulier de mécanismes juridiques internationaux développés de très longue date »¹³⁸. D'ailleurs, en cas d'imprécision du droit national, les opérateurs seront conduits à continuer de rechercher dans les réglementations sectorielles des éléments de définition qui pourraient être transposés s'agissant des investissements étrangers. Par exemple, s'agissant du secteur de l'énergie, sont concernées les activités qui conditionnent « l'intégrité, la sécurité et la continuité de l'approvisionnement en électricité, gaz, hydrocarbures ou autre source énergétique »¹³⁹.

¹³⁶ CARREAU (D.), Investissements, *Revue Dalloz*, février 2017.

¹³⁷ WTO

¹³⁸ NANTEUIL (A. de), Droit international de l'investissement, 2017 LGDJ, 2^{ème} éd., p. 11.

¹³⁹ C. mon. Fin., article. R. 153-2, 12°, a

A ce titre, le droit européen ne réserve pas de traitement particulier aux IDE dans la mesure où il assure un marché unique fondé sur quatre libertés à savoir la liberté de circulation des marchandises et des personnes, la libre prestation des services et la liberté d'établissement et des mouvements de capitaux. En revanche, un instrument juridique multilatéral à caractère régional doit être singularisé à titre emblématique : la nouvelle Charte de l'énergie de 1994. Par ailleurs, les personnes privées, en particulier les investisseurs, peuvent jouer un rôle clé dans certains secteurs, notamment en s'engageant dans la finance climatique de manière responsable.

A. Charte de l'énergie

La Charte de l'énergie traite d'une manière partielle, mais originale, des investissements dans un secteur particulier certes, mais d'importance économique considérable : l'énergie. Il s'agit là d'un instrument international multilatéral unique en son genre. Le traité sur la Charte de l'énergie ainsi qu'un protocole sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes ont été adoptés à Lisbonne le 17 décembre 1994, reprenant les objectifs définis par la déclaration politique de la Charte européenne de l'énergie signée à La Haye le 17 décembre 1991¹⁴⁰. En effet, l'UE ne peut atteindre seule l'objectif d'une énergie sûre, compétitive et durable. D'où la nécessité d'impliquer et coopérer avec les pays développés et les pays en développement, les consommateurs et les producteurs d'énergie, ainsi que les pays de transit. Dans un souci d'efficacité et de cohérence, il est alors essentiel que les États membres et l'UE s'expriment d'une seule voix sur les questions énergétiques internationales. C'est pourquoi, l'amendement des dispositions commerciales du traité sur la Charte de l'énergie a également été approuvé par la Communauté européenne¹⁴¹. De plus, entré en vigueur le 16 avril 1998, le présent traité a été ratifié par 51 pays provenant principalement du continent européen et d'Asie centrale dont la Russie, qui ne l'a toujours pas ratifié et qui fit même savoir en 2009 qu'elle n'entendait pas y procéder, mettant fin ainsi à son « application provisoire » dans les termes prévus à l'article 45. Le texte ne limite toutefois pas son champ d'application territoriale aux seuls États européens ou d'Asie centrale. La France l'a ratifié en 1999 tandis que le Qatar n'y figure que parmi les « observateurs invités ».

¹⁴⁰ Energy Charter Treaty : an East-West Gateway for Investment and Trade, Th. WALDE (ed.), Kluwer Law International, 1996.

¹⁴¹ Déc. n° 2001/595/CE, 13 juillet 2001, JOCE du 2 août 2001.

Les dispositions de la Charte en matière d'investissement international empruntent à la fois aux règles dégagées par le réseau conventionnel bilatéral et à celles, plus nouvelles, que l'on rencontre dans l'ALÉNA et l'OMC et qui lient en partie investissement et commerce en même temps qu'elles contiennent des innovations propres¹⁴².

Sont empruntées aux traités bilatéraux la définition large des investissements qui les assimile en réalité aux biens des étrangers, ainsi que celle des investisseurs qui retient le critère du contrôle pour les personnes morales, les clauses du traitement juste et équitable, et de la plus constante protection et sécurité, de la non-discrimination, du traitement minimal imposé par le droit international, du traitement national et de la clause de la nation la plus favorisée, du moins pour la phase post-investissement, et en général tout ce qui concerne les indemnisations en cas d'expropriation, les transferts monétaires, et le règlement des différends. D'ailleurs, plusieurs tribunaux arbitraux ont été saisis sur le fondement de ce traité multilatéral particulier et ont déjà rendu leur décision¹⁴³. La Charte est devenue une source majeure des affaires dont des tribunaux arbitraux ont eu à connaître¹⁴⁴, toutefois amoindrie par la décision de la Russie, rappelée précédemment, de mettre fin à son application provisoire et de ne pas la ratifier, de même que celle de l'Italie de s'en retirer à compter du 1er janvier 2016.

Sont empruntées directement à l'OMC, et y font expressément référence, les dispositions (art. 5) ayant trait aux MIC. Les États parties au traité devront à la fois notifier et éliminer à terme les mesures incompatibles avec les dispositions posées à l'article 5 de la Charte qui se révèlent identiques à celles correspondantes de l'OMC (ou GATT 1994).

Par ailleurs, la Charte de l'énergie met en valeur les liens existant entre l'opération d'investissement et la libre circulation des personnes à travers des dispositions novatrices ayant trait au libre recours, par l'investisseur, à du personnel de haut niveau (*key personnel*) sans égard pour la nationalité des personnes concernées. De même, des dispositions assimilent à une violation, par un État, de ses obligations au titre de la Charte de l'énergie le non-respect de ses engagements contractuels à l'égard d'un investisseur étranger (art. 10, al. 1er in fine). Cependant, certains pays comme l'Australie, le Canada, la Hongrie et la Norvège ont pu opter

¹⁴² CARREAU (D.), Investissements, *Revue Dalloz*, février 2017.

¹⁴³ (V., par exemple, WALDE et HOBBER, *The First Energy Charter Treaty Arbitral Award*, JIA 2005. 83. - GAILLARD, *Chroniques régulières sur l'activité du CIRDI*, JDI 2006 et 2007, spéc. JDI 2007. 256.

¹⁴⁴ V. UNCTAD/CNUCED, *World Investment Report*, 2016 p. 105.

de sorte à exclure ce type de conflits juridiques de la procédure de règlement des différends¹⁴⁵.

B. Les mesures d'encouragement à l'engagement du secteur privé dans la finance durable

Les investisseurs privés constituent les premiers vecteurs du financement durable. C'est pourquoi, les instances d'application des accords environnementaux tendent à la responsabilisation des investisseurs étrangers. Cependant, face aux insuffisances des mécanismes destinés aux seuls Etats pour répondre aux objectifs du développement durable, la pratique internationale a progressivement porté son attention sur le développement de mécanismes de sécurisation au profit du secteur privé afin d'engager ce dernier dans la voie de l'investissement vert. En effet, les réglementations environnementales sont souvent envisagées comme un risque pour les investisseurs privés. Il existe deux types d'instrument de sécurisation des investissements.

Le premier consiste à sécuriser les investissements par le biais d'organismes d'assurance, tels que l'Agence multilatérale de garantie des investissements, capables de mettre en œuvre des instruments réduisant la prise de risque des investisseurs privés¹⁴⁶ (V. Les traités multilatéraux en matière d'investissements étrangers).

Le second est un nouvel outil de financement développé depuis quelques années grâce aux instances d'application des accords environnementaux : les obligations vertes, parfois appelées obligations environnementales (*green bonds*). Il s'agit d'un emprunt obligataire (non bancaire) émis sur les marchés financiers, par une entreprise, une collectivité locale ou une organisation internationale pour financer des projets ou activités contribuant à la transition écologique. La différence par rapport aux obligations classiques tient dans les engagements pris par l'émetteur d'une part, sur l'usage précis des fonds récoltés qui doit porter sur des projets ayant un impact favorable sur l'environnement, et, d'autre part, sur la publication, chaque année, d'un rapport rendant compte aux investisseurs de la vie de ces projets. Ainsi, les obligations vertes attirent plus particulièrement les investisseurs responsables qui recherchent un double bénéfice financier et environnemental.

¹⁴⁵ Art. 26, c-3, 27-2 et annexe 7-I-A.

¹⁴⁶ PNUE-Initiative financière, note 123, Table 2, p.20.

Il n'existe pas de définition réglementaire ni de standards précis, mais de grands principes volontaires, les « Green Bond Principles », rédigés en 2013 par quatre grandes banques internationales, Bank of America Merrill Lynch, Citigroup, JP Morgan Chase et le français Crédit Agricole CIB. Ils recommandent notamment des avis d'experts extérieurs, tels qu'une attestation de seconde opinion (par des agences spécialisées comme Vigeo Eiris et oekom research) et une certification¹⁴⁷.

Le tout premier « green bond » a été émis par la Banque européenne d'investissement (BEI) en juillet 2007 sous le nom de « Climate Awareness Bond ». D'autres agences de développement ont suivi (Banque mondiale, etc.), suivies de collectivités territoriales, puis de grandes entreprises, en particulier du secteur de l'énergie, et récemment des États (Pologne, France, Fidji).

Selon le classement 2017 réalisé par la Climate Bonds Initiative, la France est le deuxième émetteur de "green bonds", derrière la Chine mais devant les Etats-Unis. L'Etat français a émis un "green bond" souverain de 7 milliards d'euros en janvier 2017, le plus grand jamais réalisé à ce jour. Aussi la Ville de Paris a émis pour 320 millions d'euros d'obligations vertes en 2017, soit son deuxième green bond depuis 2015. Du côté des entreprises, Engie, Edf, Icade ou encore SnCF Réseau font partie des émetteurs importants. Le Qatar ne fait toutefois pas partie du top 10 dudit classement.

¹⁴⁷ Cuny (D.), « Qu'est-ce qu'un green bond ? », *La Tribune*, déc. 2017.

Conclusion du titre 1

La majorité des Etats comme la France et le Qatar mettent en place des normes nationales dans le but de renforcer l'attractivité de leur territoire à l'égard des investisseurs étrangers. Cependant, pour pallier l'insécurité juridique résultant de la dépendance directe de l'application conforme des règles internes en fonction de l'Etat d'accueil, les investisseurs étrangers se prévalent des dispositions d'ordre internationales en matière d'investissement. Il existe ainsi de nombreux instruments juridiques internationaux comme moyens de protection et de sécurisation des investissements étrangers.

Titre 2 - Les agents du droit international de l'investissement

Le droit international de l'investissement a pour particularité de faire intervenir plusieurs acteurs comportant des éléments d'extranéité. L'élément d'extranéité est omniprésent en matière de droit international de l'investissement car comme il a été démontré, la nationalité de l'investisseur doit être différente de celle de l'État hôte. Afin de circonscrire les agents du droit international de l'investissement, il importe d'accorder une attention particulière à l'investisseur dans un premier temps (**Chapitre 1**) avant de se consacrer à l'Etat dans un second temps (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 - L'investisseur

L'investisseur est une figure clef du droit international de l'investissement. Sans celui-ci, il n'y aurait point d'investissement international car c'est justement la nationalité étrangère de l'investisseur qui octroie à l'investissement le caractère international. La définition n'est cependant pas aussi simple. Il convient ainsi d'analyser la figure de l'investissement (Section 1) avant d'aborder la question de l'identification de l'investisseur (Section 2).

Section 1 - La figure de l'investisseur

L'investisseur peut être soit une personne privée (§1) soit un État étranger (§2).

§1 - L'investisseur en tant que personne privée

Cette qualité d'investisseur est reconnue aux individus, personnes privées physiques ou morales, ayant réalisé une opération d'investissement. C'est donc la notion d'investissement qui représente la condition essentielle d'identification d'un investisseur. Cependant, « il n'existe aucune définition juridique générale de la notion d'investissement, mais des définitions particulières à chacun des multiples textes internes et internationaux qui appréhendent l'investissement international ». Sans nous étendre sur les raisons d'une telle absence de définition et sur les débats doctrinaux et jurisprudentiels concernant la définition de l'investissement nous reprendrons les tendances générales de définition apportées par Jean

Salmon qui relève que l'investissement est considéré « tantôt comme un mouvement de capital trans-frontière, tantôt comme un patrimoine localisé à l'étranger, tantôt comme une entreprise fonctionnant à l'étranger »¹⁴⁸.

Les règles du droit des investissements internationaux encadrent la constitution, l'exploitation et la liquidation de l'investissement étranger. Qu'elles soient d'origine interne ou internationale ces règles sont généralement protectrices des intérêts des investisseurs étrangers. C'est ainsi que la plupart des traités internationaux en matière d'investissements permettent à l'investisseur étranger de rapatrier librement tout ou partie des bénéfices réalisés, l'assurent dans l'exploitation de son investissement d'un traitement juste et équitable, d'un certain niveau de protection et de sécurité, encadre les hypothèses de dépossession et lui permettent de recourir à l'arbitrage international en cas de litige avec l'État d'accueil de son investissement.

L'individu serait exclusivement un sujet de droit interne, soumis à l'État, véritable et unique sujet du droit international public. Cette conception de l'individu est généralement associée à une conception du droit international public très restrictive, qui serait uniquement destiné à régir les relations interétatiques. Un des arguments avancés par de nombreux auteurs pour soutenir le fait que les individus ne bénéficient pas de droits et d'obligations conférés par l'ordre juridique international est de dire que la personne de l'État fait « écran ». C'est par exemple le cas de Patrick Daillier et Alain Pellet qui affirment que : « il n'est pas douteux que les personnes privées sont concernées par un très grand nombre de règles internationales, soit qu'elles leur accordent des avantages, soit qu'elles leur imposent des sujétions. Mais il n'en résulte pas que, pour autant, les personnes privées soient des sujets du droit international, car, dans la plupart des cas, l'État fait « écran » entre elles et le droit international »¹⁴⁹.

L'individu pouvait, en tant que sujet de droit interne, accéder aux voies de droit interne, mais devait se tourner vers les organes diplomatiques de son État pour parvenir à faire valoir ses droits dans l'ordre juridique international. La protection diplomatique relève de la coutume internationale et a fini par être codifiée en 1997 par la Commission du droit international en ces termes : la protection diplomatique consiste en « l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État

¹⁴⁸SALMON (S), Dictionnaire de droit international public, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 613.

¹⁴⁹DAILLIER (P.) et PELLET (A.), Droit international public, L.G.D.J., 7ème édition, p.649.

pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité »¹⁵⁰. Les investisseurs privés ont accès à des types de commissions mixtes s'il s'avèrerait qu'ils soient partis à un contentieux les opposant à un Etat. Cela dit, il semblerait que la participation de la personne privée dans les commissions mixtes soit encore limitée, encore marquée par le mécanisme de la protection diplomatique. La protection diplomatique dont bénéficient les particuliers à l'étranger initialement instituée dans un enjeu protecteur peut s'avérer contraignante pour l'investisseur privé. En effet, un des principaux désavantages de la protection diplomatique est que le litige entre les deux États n'est pas exactement le litige qui oppose l'investisseur à l'État d'accueil, mais un litige autonome entre l'État national et l'État d'accueil. La structure du contentieux est alors modifiée, ne permettant pas à l'investisseur de faire respecter, de façon autonome et réelle, les droits dont il est titulaire. Cela laisse alors l'investisseur privé à une échelle interne et l'élément d'extranéité porté par le contentieux se voit censuré par les grands principes du droit international. Dans ce contexte, les enjeux de la protection diplomatique semblent restreindre la position de l'investisseur à celle qui sera propre à l'Etat. En pratique, cet élément fut illustré par un arrêt majeur rendu par la Cour permanente de Justice internationale dans l'arrêt Concessions Mavrommatis en Palestine rendu en date du 30 août 1924¹⁵¹. Cela s'explique non seulement parce que chaque État a le droit « de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international », mais également parce que les investissements réalisés par les nationaux, à l'étranger, font partie des ressources économiques de l'État, auxquelles toute atteinte représente une atteinte aux ressources de l'État. Dire que la protection diplomatique est un droit de l'État implique donc que ce dernier puisse également refuser à un national sa protection. C'est en effet ce qu'a confirmé la Cour Fédérale Suisse dans l'affaire Gschwind, en date du 14 octobre 1932.

Étant donné que les investisseurs privés sont des étrangers qui réalisent des opérations économiques, des investissements, un droit spécial s'est développé, leur assurant un standard minimum de traitement. Les États demeurent globalement assez libres d'admettre ou non sur leur territoire des investissements. Cependant, une fois admis, les États sont bien plus encadrés en ce qui concerne les phases dites d'exploitation et de désinvestissement. Dans ce

¹⁵⁰ Organisation des Nations Unies, Rapport de la Commission du droit international, 58ème session.

¹⁵¹ CPIJ, Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt du 30 août 1924, p.12 au travers de la protection diplomatique l'Etat fait valoir « son droit propre à ce que son ressortissant (...) qui aurait été traité par les autorités d'un autre Etat d'une manière contraire à certaines obligations internationales, dont le respect s'imposait, obtienne de ce chef une indemnité ».

contexte, des droits sont garantis par le système international aux investisseurs étrangers. Parmi ces différents droits, on retrouve le célèbre principe de non-discrimination, le droit au respect des biens, l'interdiction du déni de justice, le droit au traitement national ou au traitement de la nation la plus favorisée, le droit à un traitement juste et équitable, le droit à une protection et sécurité pleines et entières, le droit à ne pas être exproprié sans une indemnisation prompte et adéquate, etc. La plupart des traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement contiennent au moins une clause de traitement juste et équitable, une clause de traitement national et une clause de traitement de la nation la plus favorisée. Au-delà des divergences doctrinales concernant le principe de traitement juste et équitable, nous pouvons dire qu'il garantit aux investisseurs privés étrangers que l'État d'accueil de leur investissement respecte, à leur égard, tant son droit national, que l'ensemble des sources du droit international, permettant ainsi de limiter les contraintes qu'il serait susceptible de leur imposer. Ainsi, nous venons de voir que si initialement le droit international a été créé dans le seul but de régir les relations entre États, il s'est développé de telle sorte que ses normes puissent s'adresser et protéger directement les investisseurs privés, et plus globalement les individus, dans certaines mesures.

Le statut d'investisseur privé a connu un développement considérable à compter de l'internationalisation de son statut. « Pour être considérée comme sujet actif d'un ordre juridique, une entité doit certes d'abord être investie par cet ordre de droits et d'obligations clairement définis. Mais cela ne saurait suffire. Il faut aussi pouvoir agir directement par le moyen de procédures appropriées, pour faire respecter l'exercice effectif des droits dont on bénéficie. La capacité d'agir est le critère déterminant de la personnalité juridique »¹⁵².

De plus, cette avancée en matière de reconnaissance de droits propres à agir de l'investisseur privé ne fait que favoriser l'amoindrissement du nombre de contentieux liés à la protection diplomatique qui peut s'avérer défailante en ce qu'elle encombre et les investisseurs privés, et les Etats. Les premiers litiges en matière d'investissements internationaux étaient le plus fréquemment introduits à la suite de l'exercice par l'État d'origine de l'investisseur de la protection diplomatique. Autrement dit, le traitement subi par l'investisseur étranger faisait l'objet d'un contentieux entre son État national et l'État d'accueil de l'investissement. Le plus souvent, il s'agissait de procédures arbitrales opposant les deux États, mais les juridictions

¹⁵²DUPUY (P.M.) et KERBRAT (Y.), Droit international public, Paris, Dalloz, 11ème édition, 2012, p.240

internationales permanentes ont également été saisies de contentieux interétatiques suscités par le traitement subi par des investisseurs étrangers. Le premier précédent important en la matière est indéniablement le contentieux relatif à l'Usine de Chorzów dont a connu à de nombreuses reprises la Cour permanente de justice internationale. Pour la Cour internationale de justice, on mentionnera l'affaire de l'Anglo-iranian Oil Company (1952) qui a opposé le Royaume-Uni à l'Iran, ou les affaires *Barcelona Traction* (1970), *Elettronica Sicula* (1989) et Ahmadou Sadio Diallo (2010).

Mais en dépit du prestige attaché à ces différentes décisions, il n'en reste pas moins que la protection diplomatique n'est pas une modalité contentieuse pleinement satisfaisante pour régler les litiges relatifs aux investissements. Tout d'abord, elle impose l'épuisement des voies de recours internes. Ensuite, l'État d'origine de l'investisseur n'est jamais contraint d'exercer la protection diplomatique. Pour ménager ses propres relations avec l'État d'accueil, il peut choisir de ne pas susciter de contentieux inter-étatique. Ces inconvénients expliquent en partie l'émergence d'un contentieux arbitral opposant directement l'investisseur à l'État d'accueil. L'investisseur aura donc des opportunités grandissantes afin de faire valoir ses droits de façon individuelles, et l'investisseur en tant qu'Etat devra s'adapter aux mutations juridiques et normatives.

De plus, de nombreuses écoles doctrinales tendent à se baser sur l'idée que cette progression n'est que timide et peu avérée dans un langage purement juridique. En continuité avec cette prise de position, la CDI en date de 2006 dans un débat ouvert par le premier rapporteur Mohamed Bennouna a évoqué que « il s'agit bien évidemment d'une fiction, et d'une exagération, que de dire qu'un préjudice causé à un national à l'étranger est un préjudice causé à l'Etat lui-même » et d'expliquer qu'une telle fiction était nécessaire à un moment où « l'individu n'avait pas de place dans l'ordre juridique international et il n'a pas de droits puisque l'on offre le seul moyen de protéger un national lésé à l'étranger en toute précarité »¹⁵³. Cette dite contrainte juridique ne mettant pas en valeur la thèse du développement d'un droit propre à l'individu de défendre ses droits à l'international en matière d'investissement peut être interprétée comme une contrainte à l'évolution des droits individuels de la personne en droit international¹⁵⁴.

¹⁵³BENNOUNA (M), opinion propre note 16 p.246 « la fiction n'a pas comme certains l'ont assimilé un caractère péjoratif qui rabaisserait le statut de l'institution de la protection diplomatique, elle est au contraire destinée à pallier certaines lacunes juridiques en ramenant des réalités dépourvues de qualification juridique à des catégories connues du droit international ».

¹⁵⁴VERMEER-KUNZLI (A), As if : the legal fiction in diplomatic protection, EJIL, 2007, p.45 à 68.

Le statut de l'investisseur privé à l'international a alors encore beaucoup à gagner d'une évolution qui idéologiquement progresse mais qui, en pratique, tant au sein des juridictions internes qu'internationales n'a pas encore sa place.

§2 - L'investisseur en tant qu'État

L'évolution de la pratique conventionnelle dans le domaine du droit international des investissements témoigne d'un basculement progressif vers une auto-réglementation du cadre des investissements entre les pays, et surtout des cas d'applications liés aux Etats en tant qu'investisseurs. La consultation de données communiquées par le World Investment Report publié annuellement témoigne de ce phénomène. On peut ainsi constater qu'au cours des années 2012, 30 accords internationaux uniquement relatifs à l'investissement ont été conclus. Il s'avère que d'autres modes de réglementation bilatérale ou multilatérale existe intégrant plusieurs disciplines telles que le droit du commerce international et le droit des investissements. Ces accords conclus illustre l'harmonie pouvant être trouvée entre les différentes branches du droit, parfois contradictoires. C'est ainsi que la relation entre commerce et investissement s'envisage sous de nouvelles perspectives. C'est notamment le cas de ce qui est couvert dans le cadre de l'Organisation Mondiale pour le Commerce (OMC) par certains accords. On constate par exemple au sein des accords conclus par les Etats-Unis pour la zone Afrique-Caraïbes-Pacifique (les accords ACP) la présence de mesures spécifiques favorables à l'investissement des Etats dans la zone intégrée. Cet exemple est intéressant à notifier en ce qu'il concerne la même région du globe que le contrat conclu par l'Union Européenne avec cette même zone qui ne comporte pas ce type de dispositions élaborées autour de l'investissement. La discipline étendue des accords commerciaux va alors trouver fief d'application au droit des investissements qui sera développé en annexe, et figurera au premier plan des accords futurs. Dans ce contexte, nous pouvons alors considérer que l'investisseur en tant qu'Etat permet au droit des investissements de s'ouvrir à de nouvelles disciplines et cas d'application. Cet exemple suggère ainsi que les ACP constituent un terrain fertile à l'éclosion des disciplines commerciales liées aux investissements plus développés et permettant d'étendre leur application aux relations entre Etats et investisseurs alors que jusqu'alors elles étaient limitées aux relations inter-étatiques dans le cadre de l'OMC. En ce sens, le droit international est venu tirer profit de ces nouveaux modes inter-étatiques de traitement conventionnels, par l'incorporation et le développement de ces disciplines, enrichir

matériellement le droit international de l'investissement, et étendre la protection conférée à tous types d'investisseurs.

D'autre part, l'Etat en tant qu'investisseur pourra être source de développement dans un secteur à l'international, d'un pays à proprement parler, mais aussi être à l'origine de stimulation de l'investissement étranger. Par stimulation il sera entendu facilitation en ce que l'Etat peut légiférer pour encourager l'investissement étranger. Plusieurs Etats utilisent l'instrument fiscal pour réguler et attirer les investissements étrangers. Traditionnellement, l'objectif de l'impôt est la couverture des charges publiques mais il peut aussi être utilisé pour encourager et attirer des investissements. Ainsi, plusieurs codes nationaux d'investissement prévoient à l'initiative des Etats des avantages fiscaux offerts aux investisseurs, comme les exonérations et les réductions d'impôt. L'objectif de cette politique d'incitation fiscale est d'encourager le réinvestissement, attirer les investisseurs et notamment étrangers¹⁵⁵. Ainsi, par exemple, dans le code des investissements tunisien, les investissements en devises dans les secteurs destinés à l'exportation bénéficient d'une exonération d'impôt sur les sociétés (régime de la société totalement exportatrice) pendant dix ans. Des avantages sont aussi accordés aux investisseurs qui s'installent dans des régions défavorisées ou qui recrutent de la main d'oeuvre locale¹⁵⁶. Grâce aux Etats et à leur implication dans le domaine des investissements internationaux, leur modification se lie avec les grands principes liés aux investissements tels que l'exception de la nation la plus favorisée et au traitement national qui vise la fiscalité et que l'on trouve dans plusieurs traités d'investissements. Les Etats utilisent ainsi discrétionnairement les incitations fiscales¹⁵⁷. Or, parfois ils se heurtent au principe de non-discrimination prévu dans les traités d'investissement. Afin de préserver cette liberté, les traités bilatéraux d'investissement conclus par la France, le Royaume-Uni et les Etats-Unis excluent totalement les avantages fiscaux. Certains traités conclus par Singapour contiennent une exclusion plus large et générale et disposent que « the provisions of this agreement shall not apply to matters of taxation in the territory of either contracting party »¹⁵⁸. Pour lutter contre cette concurrence entraînée par les différents régimes d'investissement existants à travers les différents Etats, l'OCDE a créé un observatoire pour désigner les Etats

¹⁵⁵« *Tax incentives : protecting the tax base* » Paper for Workshop on tax incentives and base protection, New York, April 2015

¹⁵⁶HORCHANI (F), « Le code tunisien d'incitation aux investissements », JDI, 1998, p.67

¹⁵⁷WALDE (W) et KOLO (A) « Investor-State disputes : the interface between treaty-based international investment protection and fiscal sovereignty » Intertax, 2007, p. 424

¹⁵⁸Article X, traité bilatéral d'investissement entre Singapour et la Chine

responsables de concurrence fiscale dommageable. De même, un code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises nationales, qui n'a pas force obligatoire, a été adopté dans le cadre de l'Union Européenne par le Conseil des ministres de l'Economie et des finances (ECOFIN) en 1997¹⁵⁹.

Certaines conventions entre les Etats comportent elles-mêmes un cercle limité d'application en ce que, conformément à la coutume du droit international, c'est la norme applicable la plus favorable qui trouve son application au sein d'un litige lorsqu'il est défendu devant un tribunal ou une cour arbitrale. En effet, l'exemple de la convention entre les Pays-Bas et la Malaisie en témoigne en son article 14 : « *If the legislation of either Contracting Party or international obligations existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the Agreement, result in a position entitling investments by nationals or companies of the other Contracting Party to treatment more favourable than is provided for by this Agreement, such positions shall not be affected by this Agreement. Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments within its territory by nationals or companies of the other Contracting Party* »¹⁶⁰.

D'autre part, il apparaît judicieux de développer un cas d'espèce notoire concernant un contentieux liant un Etat à un investisseur étranger privé sur son territoire lié à la sphère environnementale. En effet, l'Équateur s'était porté investisseur d'un marché lié aux énergies à l'étranger incluant la Société américaine Burlington. Il s'avère que lorsque cette même société a fait affaire sur son territoire, un contentieux est né à l'initiative du pays hôte de l'investissement et est considéré comme une affaire pallier du règlement des différends¹⁶¹.

Le 7 février 2017, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a rendu sa décision sur les demandes reconventionnelles formulées par l'Équateur à l'encontre de la compagnie américaine de pétrole et de gaz Burlington Resources Inc. Le tribunal a ordonné à Burlington de verser un montant de 41 millions USDS au titre de compensation de l'Équateur pour des dommages causés à l'environnement et aux infrastructures. Au début des années 2000, Burlington a commencé à acquérir des participations dans les PSC en vue d'explorer et exploiter des gisements

¹⁵⁹Conclusions du Conseil ECOFIN du 1^{er} décembre 1997 en matière de politique fiscale, JOCE 1998

¹⁶⁰*Agreement between the government of the Kingdom of the Netherlands and the government Malaysia for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income*, 7 mars 1988

¹⁶¹Burlington Resources Inc. c. la République de l'Équateur, Affaire CIRDI n° ARB/08/5, 2008

pétrolifères en Équateur. En 2008, Burlington a introduit une demande d'arbitrage devant le CIRDI dans le but de contester les mesures prises par l'Équateur, ayant affecté l'investissement de la société dans les gisements pétrolifères.

Dans sa décision sur la responsabilité rendu en décembre 2012, le tribunal a reconnu que l'Équateur avait exproprié illégalement les investissements de Burlington. Dans sa Décision sur le réexamen et la compensation rendu le 7 février 2017, il a quantifié les dommages et intérêts dus à Burlington à 380 millions USD.

En 2011, dans le cadre de la procédure engagée par Burlington, l'Équateur a formulé des demandes reconventionnelles au titre des dommages causés à l'environnement et à certaines infrastructures connexes. Selon la demande reconventionnelle au titre des dommages causés à l'environnement, la responsabilité civile délictuelle de Burlington serait engagée sous le droit national en matière de réhabilitation des sols, d'assainissement des eaux souterraines et d'abandon de puits ayant formé des puits de boue. Selon la demande reconventionnelle concernant les dommages causés aux infrastructures, Burlington a omis d'entretenir l'infrastructure faisant l'objet de l'investissement avant l'expropriation. Les demandes reconventionnelles de l'Équateur s'élevaient à environ 2,8 milliards USD. En mai 2011, les parties ont conclu un accord conférant au tribunal la compétence en matière de demandes reconventionnelles. Le tribunal a également rendu sa Décision relative aux demandes reconventionnelles le 7 février 2017. Le droit équatorien et le droit international applicables aux demandes reconventionnelles en matière d'environnement.

À titre préliminaire, le tribunal devait décider sur quels fondements juridiques la loi équatorienne pouvait s'appliquer quant au fond aux demandes reconventionnelles. En particulier, la demande reconventionnelle en matière environnementale relevait du droit de la responsabilité civile délictuelle interne, mais le choix de la disposition législative dans les contrats de partage de production (PSC) conclus par Burlington et l'Équateur ne comportait aucune référence au droit de la responsabilité civile délictuelle. Le tribunal a jugé que l'application du droit équatorien de la responsabilité civile délictuelle ne découlait pas d'un accord conclu entre les parties conformément à la première partie de l'article 42(1) de la Convention du CIRDI. Au lieu de cela, la loi équatorienne sur la responsabilité civile délictuelle s'appliquait en tant que loi interne du pays d'accueil en vertu de la deuxième partie de l'article 42(1). Conformément aux dispositions de cette dernière, le tribunal est parvenu à la conclusion que le droit international pouvait également s'appliquer et que, selon l'approche

dominante, le choix d'appliquer le droit national ou international était laissé à la discrétion du tribunal suivant le type de question à résoudre. La législation nationale prévoit la responsabilité stricte en cas de dommages environnementaux.

Le tribunal a examiné en détail les développements législatifs et judiciaires applicables aux opérations pétrolières en Équateur. Il est parvenu à la conclusion selon laquelle, depuis la promulgation en 2008 de la nouvelle Constitution, la responsabilité stricte (qui prévoit que la charge de prouver l'absence du préjudice pesait sur l'exploitant) s'appliquait aux dommages environnementaux et que, l'exploitant était uniquement responsable du préjudice qu'il a causé ; les demandes en matière environnementale étant imprescriptibles. Selon le tribunal, l'absence de l'exigence d'une faute signifiait que Burlington ne pouvait pas s'exonérer de sa responsabilité en fournissant la preuve d'avoir agi avec diligence.

Ayant constaté que le système constitutionnel de responsabilité stricte ne s'appliquait pas de manière rétroactive, le tribunal a examiné les avis divergents des parties sur le régime de responsabilité en matière d'opérations d'hydrocarbures avant l'adoption de la Constitution en 2008. Burlington a soutenu que la loi était fondée sur la faute et que l'Équateur devait donc prouver à la fois l'existence du préjudice environnemental et que celui-ci était imputable à un manque de diligence de la part de l'investisseur. Le tribunal a jugé ce point de vue n'était pas défendable et a décidé, conformément aux arguments avancés par l'Équateur, qu'à la suite d'une série de développements judiciaires de la Cour suprême équatorienne, la responsabilité stricte s'appliquait aux dommages environnementaux causés par des opérateurs d'hydrocarbures depuis, au plus tard, 2002.

Les parties ont convenu que les demandes relatives aux dommages causés après la date de promulgation de la Constitution de 2008 étaient imprescriptibles. Burlington a toutefois soutenu que la plupart des demandes reconventionnelles formulées par l'Équateur visaient des actes commis après la date butoir, fixée ci-dessus à 2002, et avant l'adoption de la Constitution en 2008. Le tribunal a rejeté l'argument de Burlington selon lequel cela a déclenché un délai de prescription de quatre ans en droit interne. Au lieu de cela, il a considéré que la période de prescription n'avait commencé à courir qu'à compter de la date à laquelle l'Équateur avait pris connaissance des dommages. Ainsi, le tribunal a décidé que la demande reconventionnelle en matière environnementale était fondée en majeure partie sur les dommages constatés après janvier 2007 et qu'elle était par conséquent formulée dans les

délais requis. Le tribunal procède à une analyse site-par-site des dommages environnementaux et des coûts de restauration. Ayant établi que la responsabilité stricte, que ce soit en vertu de la Constitution de 2008 ou du droit civil délictuel équatorien, s'appliquait aux gisements pétrolifères, le tribunal a examiné le préjudice environnemental allégué. Le degré inacceptable du préjudice environnemental devait être déterminé selon le tribunal compte tenu des critères réglementaires nationaux. C'est sur cette base qu'il a mené un examen complet des dommages et des coûts de restauration d'environ 40 sites répartis sur les deux gisements pétrolifères explorés par Burlington. Dans le cadre de cet examen, le tribunal s'est également rendu sur les sites. Il a ainsi constaté des dommages environnementaux et un besoin de restauration sur tous les sites. Pour la plupart des sites, les coûts ont été évalués à moins d'un million USD. Dans le cas particulier d'un site dont les sols ont été contaminés et d'un site de fosses à boue, le coût s'élevait à 5 millions USD par site. Il a également ordonné la prise en charge des coûts de restauration de plus de 5 millions USD au titre de la contamination des eaux souterraines sur un seul site. Le Tribunal accède aux demandes reconventionnelles au titre des dommages causés aux infrastructures de plus de 2,5 millions USD. Selon le tribunal, certaines clauses des PSC devenues applicables à la suite de la résiliation ont permis d'établir un cadre juridique complet permettant d'évaluer les allégations en matière d'infrastructure. Bien qu'il soit conscient de certaines limites de la preuve, le tribunal a identifié sept catégories d'infrastructures : réservoirs de carburant, lignes et conduites de fluides, générateurs, pompes, systèmes électriques, matériel informatique et entretien des routes.

L'Équateur a affirmé que l'investisseur avait renvoyé trois réservoirs de carburant, sur un total de 89 réservoirs déployés dans les champs de pétrole, dans un état qui témoigne d'une détérioration au-delà de l'usure normale. Le tribunal a ordonné le versement d'une indemnisation d'un peu plus d'un million USD à l'Équateur au titre de l'un de ces réservoirs. Le tribunal a constaté que l'état des parties significatives de deux pipelines dépassaient celui de l'usure normale. Il a donc accordé une compensation d'un montant identifié par le témoin technique équatorien, un peu moins de 1,5 million USD. Le tribunal a en outre accordé au titre des coûts nés du défaut de maintenance régulière par Burlington de certains moteurs utilisés dans les champs pétrolifères. Cette affaire est donc symbolique en ce qu'elle illustre une situation d'Etat en tant qu'investisseur, se saisir d'un contentieux lié à une partie à l'investissement en défense de ses intérêts nationaux liés à l'environnement. L'environnement fait l'objet d'un spectre suprême dans le contexte du règlement des différends modernes. En effet, les litiges relevant de ce domaine et incluant un Etat en tant que partie au litige illustrent

de la primauté de la protection de l'environnement, souvent érigé au rang de norme constitutionnelle, sur les intérêts liés à ses propres investissements.

Après avoir identifié les deux formes d'investisseurs à l'international et les complexités que leur statut révèlent, il convient d'analyser la question de l'identification de l'investisseur, qui, en fonction de sa nationalité ou encore d'autres critères de différenciation, pourra accéder à des régimes divers ou encore être appréhendé de façon particulière par la justice internationale et interne (Section 2).

Section 2 - La question de l'identification de l'investisseur

La question de l'identification de l'investisseur n'est pas toujours aussi simple qu'elle pourrait laisser paraître. Il y a d'abord le problème de la nationalité de l'investisseur (§1) qu'il convient d'analyser avant de voir l'impact de la nationalité du ressortissant sur la défense de ses droits à l'investissement (§ 2).

§ 1 - Le problème de la nationalité de l'investisseur

La protection diplomatique n'est pas ouverte à n'importe quel investisseur, n'importe quel individu. En effet, des exigences de nationalité, d'épuisement des voies de recours internes à l'État de territorialité de l'investissement et de « clean hands » sont imposées pour la mise en œuvre d'une telle protection. Comme annoncé plus haut, les désavantages de la protection diplomatique ne s'arrêtent pas là. En effet, au-delà du fait que ce mécanisme de protection soit un droit discrétionnaire de l'État, qui peut très bien ne pas souhaiter mettre en œuvre, il revendique non pas la réparation de la violation du droit de l'investisseur, mais de celui de son État de nationalité.

En matière d'investissements internationaux, le mode de règlement des conflits sera particulier en ce qu'il sera à 84 % mis en œuvre par recours à l'arbitrage international. Les cas d'espèces de règlement des différends en matière d'investissements internationaux sont donc mis en œuvre par un organe international, la CIRDI (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements). Une fois l'affaire soumise à l'examen de l'organe compétent, il est important d'évoquer que la question de la nationalité de l'investisseur jouera

un rôle clef dans la résolution du conflit ou dans l'accompagnement juridique de son projet d'investissement à l'étranger. La question de la preuve de la nationalité s'est notamment posée dans l'affaire *Hussein Nuaman Soufraki c. Émirats arabes unis*. Par une sentence rendue le 7 juillet 2004, le tribunal s'est déclaré incompétent et a considéré la requête introduite par M. Soufraki à l'encontre des *Émirats arabes unis* sur le fondement du TBI entre l'Italie et les Émirats arabes unis comme irrecevable, au motif que M. Soufraki n'a pas démontré qu'il avait la nationalité italienne à la date à laquelle la requête d'arbitrage a été enregistrée. Le tribunal a estimé que le passeport italien et les certificats de nationalité délivrés par les autorités italiennes et présentés par M. Soufraki n'étaient pas des preuves irréfragables, mais pouvaient tout au plus être retenus à titre de preuve « *prima facie* ».

Cette interprétation trouve un écho favorable auprès de M. Schreuer. Il estime qu'un certificat de nationalité relève des « documents ou autres moyens de preuve » que le tribunal examine au sens de l'article 43 de la Convention de Washington. Il affirme qu'un certificat a certes une force probante, mais n'exclut pas la possibilité pour le tribunal de rendre une décision contraire à son contenu. Un recours en annulation a été introduit par M. Soufraki pour excès de pouvoir et défaut de motifs. À l'appui du premier motif, il a soutenu que le tribunal n'était pas à même de décider de la recevabilité des certificats de nationalité comme moyens de preuve. Les autorités italiennes y étaient, selon lui, seules habilitées, excepté dans des cas limités, notamment lorsque le tribunal est appelé à vérifier si la nationalité concédée par les autorités nationales est effective ou en adéquation avec les prescriptions de droit international tel que requis par la CIJ ou que les documents officiels présentés n'ont pas été obtenus de manière frauduleuse, sans quoi il serait contraint d'accepter les passeports et les certificats de nationalité à titre de preuves définitives. Par ailleurs, après avoir relevé que le droit italien ne se borne pas aux dispositions législatives mais comporte également les interprétations jurisprudentielles, les circulaires officielles du gouvernement et le consensus d'éminents universitaires qui en éclairent l'application et précisent la signification, M. Soufraki a estimé que le tribunal n'a pas tenu compte de l'interprétation et de l'application de la loi italienne par les juridictions nationales et les autorités locales en retenant une solution qui s'en écarte. À l'appui du second motif, M. Soufraki a prétendu que le tribunal n'a pas spécifié les raisons sur lesquelles il s'est fondé pour établir son raisonnement et révoquer sa nationalité italienne.

Le comité s'est opposé à ce que les autorités nationales soient seules compétentes pour apprécier la valeur des certificats de nationalité délivrés par les autorités italiennes. Pour corroborer son interprétation, il s'est référé : au principe compétence-compétence qui signifie

que les tribunaux internationaux sont seuls juges de leur propre compétence en décidant de la suite à donner aux objections formulées, sans pour autant retenir leur compétence alors même qu'elle n'était pas établie par la Convention de Washington ou les parties au différend ; au caractère objectif de l'exigence de nationalité qui ne peut être exemptée soit par le consentement des parties soit par une décision unilatérale de l'État ; à la jurisprudence internationale, à l'instar de la décision sur la compétence rendue le 14 avril 1988 dans l'affaire *SPP c. Égypte* ; à la doctrine, notamment aux propos de M. Sandifer qui estime que les certificats consulaires équivalent à des moyens de preuve de la nationalité, sujettes à investigation de la part du tribunal international, spécialement lorsqu'ils ne résultent pas d'une enquête ou de preuves adéquates de citoyenneté à titre de condition préalable d'enregistrement. Ainsi, le comité a affirmé que les certificats de nationalité constituent non pas des preuves définitives mais plutôt *prima facie*, c'est-à-dire « réfragables » et a conclu que « les tribunaux internationaux sont habilités à déterminer si une partie possède la nationalité prétendue afin de statuer sur leur propre compétence, sans pour autant être liés par les certificats de nationalité ou passeports ou autre documentation » dans l'entreprise d'une telle détermination.

Le comité *ad hoc* a rejeté l'objection selon laquelle le tribunal n'a pas appliqué la loi appropriée, et a distingué entre règles substantielles et règles procédurales. Pour ce qui est des dispositions substantielles, il a relevé que le tribunal a appliqué de bonne foi la loi italienne comme le feraient les tribunaux italiens, sans commettre d'erreur manifeste susceptible de caractériser une défaillance dans l'application de la *proper law* et conduire à l'annulation de la sentence. Pour ce qui est des règles procédurales, le comité s'est fondé sur la jurisprudence internationale pour affirmer qu'à supposer qu'un tribunal international soit appelé à appliquer des lois nationales pour définir la nationalité du requérant et statuer sur sa compétence, il n'est pas tenu de se cantonner aux approches établies par le droit national quant à la charge de la preuve et les règles qui la gouvernent. Il n'en reste pas moins que le comité a quelque peu tempéré ses propos en soutenant que certaines dispositions procédurales établies par le droit national doivent être appliquées par le tribunal lorsqu'il s'avère « qu'elles sont étroitement associées aux dispositions substantielles si bien qu'elles doivent être traitées comme des règles de fond ».

Dans son opinion dissidente, M. Nabulsi, l'un des membres du comité, n'a pas adhéré aux conclusions établies. Certes, il désapprouve la requérante et affirme que le tribunal est compétent pour statuer sur la recevabilité des certificats officiels et décider de s'en écarter

lorsqu'une preuve de quelque nature que ce soit atteste du contraire, sans qu'elle ne procède pour autant d'une fraude. Il n'en demeure pas moins que le tribunal a enfreint, selon M. Nabulsi, une règle fondamentale de procédure relativement à la charge de la preuve, étant donné qu'il n'a pas exigé de la défenderesse de présenter des preuves pour infirmer l'authenticité des certificats, ce qui représente un motif d'annulation au sens de l'article 52. L'arbitre dissident a soutenu que « le tribunal a qualifié les certificats de nationalité présentés par la requérante de preuves *prima facie* mais, en réalité, ces certificats n'ont pas été traités comme telles. Le tribunal a tant bien que mal tenté de déceler d'autres preuves et a mené sa propre enquête. Il a conclu que la demanderesse n'a pas retrouvé sa nationalité italienne nonobstant les certificats officiels qui, s'ils avaient été appréhendés comme des *preuves prima facie* devraient suffire pour établir la nationalité de la requérante, jusqu'à ce qu'ils soient réfutés par une preuve contraire ».

En définitive, relativement à la preuve de la nationalité et au travers d'une interprétation complétive de l'article 25, les arbitres se disent à mêmes de statuer sur la recevabilité des certificats officiels pour décider de s'en écarter lorsqu'une preuve atteste du contraire. Ils ont été, aussi, amenés à préciser davantage les conditions de l'article 25.

Il apparaît donc comme évident que la question de la nationalité de l'investisseur changera fondamentalement le cours du différend ainsi que la loi applicable dans une certaine mesure. Certains investisseurs seront donc davantage protégés par un droit positif en vigueur institué avec cet objectif, d'autres ne bénéficieront ni d'accords bi-nationaux relatif aux investissements (les encourageants par la même occasion à procéder à des investissements dans le pays en question), ni d'un régime favorable à l'investissement à l'étranger (dans le cas d'une logique conservatrice et pro intra-national).

L'article 25 (2) (a) de la Convention de Washington¹⁶², fondamental dans la compréhension

¹⁶²Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, 3 mars 1973 - Dans les années 1950 à 1960, le développement des échanges et la facilitation des transports ont entraîné une augmentation considérables du commerce international de la faune sauvage et de la flore sauvage au risque de conduire certaines espèces à l'extinction. En 1963, lors de la 8ème Assemblée générale, l'Union Internationale pour la Conservation de la Nature (IUCN) demanda aux gouvernements de doter la communauté internationale d'un instrument juridique contraignant pour réglementer le commerce international de la faune et de la flore sauvage. Puis en 1972, la Conférence des Nations Unies réunit à Stockholm adopta un plan d'action qui demandait aux représentants des gouvernements de s'accorder sur le texte d'un traité. En février 1973, les représentants de 88 Etats et de 6 organisations internationales se réunirent à Washington et, après 3 semaines de débats, s'accordèrent sur le texte final de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, plus connue sous son acronyme anglais : la CITES ou Convention on International Trade in

des enjeux de nationalité de l'investisseur au sein d'un différend, pose deux conditions cumulatives : exclusion des binationaux ayant la nationalité de l'Etat contractant partie au différend, d'une part, et exigence de la nationalité à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée. L'émergence de l'arbitrage transnational unilatéral a semé le trouble sur l'article 25 (2) (a) en ce que dans plusieurs cas d'espèce la nationalité est alors vecteur de problème voire facteur d'inégalité de statut en matière d'investissement. Le fait que l'on exclue les bi-nationaux ayant la nationalité de l'Etat manifestant être partie au différend sous-entend que l'évincement porte sur l'inexistence d'un élément d'extranéité dans l'affaire. Or, ce n'est pas le cas du fait que les fonds investis soient majoritairement cumulés à l'étranger, foyer fiscal de l'investisseur.

En l'espèce, cette condition a été soulevée dans l'affaire *Waguih Elie George Siag et Clorindavecchi c. République arabe d'Égypte*¹⁶³. M. Siag et Mme Vecchi ont introduit une requête d'arbitrage à l'encontre de l'État d'Égypte sur le fondement de l'article 9 du TBI égypto-italien, après que le gouvernement égyptien ait confisqué le terrain mis en vente par le ministère du tourisme et qu'elles ont acquis au travers de leur entreprise. Dans son déclinatoire de compétence, en se référant à l'article 25 (2) (a) de la Convention de Washington qui exclue de la compétence du Centre les différends qui mettent aux prises un État contractant et un investisseur personne physique qui porte la nationalité de l'État parti au différend, la défenderesse a estimé que le tribunal n'était pas compétent au motif que les demanderesses étaient des binationales ayant la nationalité égyptienne qui est celle de l'État parti au différend.

Le tribunal devait déterminer si à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à l'arbitrage et celle à laquelle la requête a été enregistrée, les deux requérantes étaient ressortissantes de l'État égyptien. À titre liminaire, après s'être référé à la jurisprudence égyptienne, essentiellement à une décision émise par un tribunal administratif, et à la sentence rendue dans l'affaire *Soufraki*, le tribunal a soutenu que les documents officiels présentés par la défenderesse (lettres du ministère de l'intérieur, passeports, certificat de nationalité etc.) dans le but de démontrer que les requérantes avaient la nationalité égyptienne, n'étaient pas des preuves irréfragables, mais plutôt *prima facie*. Certes, s'ils furent retenus par le tribunal à titre de preuves, il n'empêche qu'il se réserve la possibilité de

Endangered Species of wild fauna and flora.

¹⁶³CIRDI, *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. République arabe d'Égypte*, Décision sur la compétence du 11 avril 2007, ARB/05/15 + opinion dissidente de Francisco Orrego Vicuña

s'en écarter pour retenir une solution qui leur soit contraire. En bref, quoique pertinents, les documents susvisés n'exemptent pas le tribunal de l'obligation mise à sa charge d'appliquer la loi égyptienne sur la nationalité. Les documents de nationalité doivent être appréciés au regard de la loi égyptienne. En d'autres termes, et en partant du principe que la loi égyptienne régleme à elle seule la nationalité égyptienne, toute preuve avec laquelle la loi applicable est incompatible est irrecevable. Après s'être ensuite donné à l'interprétation de la loi égyptienne sur la nationalité et s'être appuyé sur la jurisprudence des tribunaux CIRDI, le tribunal a soutenu que M. Siag et Mme Vecchi ne sont plus des binationaux, étant donné qu'ils ne possèdent plus la nationalité égyptienne conformément à la loi égyptienne sur la nationalité. Au surplus, il a affirmé que les requérantes n'ont pas acquis la nationalité italienne afin d'organiser frauduleusement la compétence du Centre et bénéficier du traité bilatéral d'investissement, c'est-à-dire comme un simple expédient pour introduire ces réclamations devant le tribunal, car la nationalité italienne leur a été concédée bien avant la procédure intentée pour des raisons valables (mariage avec une italienne concernant M. Siag et quant à Mme Vecchi après la mort de son mari), ce qui fait que les liens qu'ils entretiennent avec l'Italie sont authentiques.

Ainsi, la compétence *ratione personae* du tribunal fait défaut lorsque la requête a été introduite par un binational ayant la nationalité de l'État contractant partie au différend. En conséquence, le différend doit mettre aux prises un État contractant et le ressortissant d'un autre État contractant, c'est-à-dire autre que l'État partie au différend. En tout état de cause, la condition de nationalité s'apprécie à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à l'arbitrage et à la date à laquelle la requête a été enregistrée.

La question de la nationalité de l'investisseur est d'autre part soulevée et est constitutive d'une importance cruciale pour traiter le différend en ce que l'on considère la nationalité de l'investisseur à la date à laquelle les parties ont procédé à la soumission du différend à la juridiction ou à la cour d'arbitrage et lorsque leur consentement à déposer une requête a été recensé. Lorsqu'une partie saisit le Centre sur le fondement d'une clause contractuelle de règlement des différends, la requérante doit avoir la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend « à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'article 28, alinéa (3), ou à l'article 36, alinéa (3) », et ce tel qu'il ressort de l'article 25 (2) (a) de la Convention de Washington.

Or, avec l'émergence de l'arbitrage transnational unilatéral et la possibilité offerte à l'investisseur de saisir le Centre non pas sur le fondement d'une clause contractuelle de règlement des différends mais sur la base d'une offre d'arbitrage insérée à l'avance dans une loi nationale ou dans un traité bilatéral ou multilatéral de protection des investissements, la condition posée par l'article 25 (2) (a) *ab initio* perd de sa valeur. Si l'on se réfère à l'article 2 (3) du règlement d'introduction des instances aux termes duquel « si les deux parties ont donné leur consentement à des dates différentes, c'est la dernière des deux dates qui est retenue », on constate que lorsque l'arbitrage est fondé sur un traité de promotion et de protection des investissements ou une loi nationale, la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à l'arbitrage et celle à laquelle la requête a été enregistrée coïncident. En effet, dans l'arbitrage transnational unilatéral, le consentement est décalé ou dissocié, non exprimé par l'investisseur et le pays d'accueil au même moment mais séparé par un laps de temps non négligeable. L'État est considéré avoir exprimé son consentement *ex ante* dans une source générale qui peut être soit une loi, soit un traité bilatéral ou multilatéral de promotion et de protection des investissements. L'investisseur est réputé avoir consenti à l'arbitrage par son recours, c'est-à-dire par l'introduction d'une requête d'arbitrage. Par référence à l'article 2 (3) du règlement d'introduction des instances, c'est la date à laquelle la requérante a donné son consentement qui sera retenue, une date qui coïncide avec la saisine du Centre.

La demanderesse aura alors toute la latitude pour fixer à sa guise la date d'introduction de l'instance. Ainsi, l'exigence qu'à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à l'arbitrage et celle à laquelle la requête a été enregistrée, la demanderesse ait la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend ou ne soit pas une binationale ayant la nationalité de l'État contractant partie au différend est réductible à une condition potestative qui dépend uniquement de la volonté de la requérante lorsqu'il se fonde sur une offre d'arbitrage insérée à l'avance dans une loi nationale ou dans un traité de promotion et de protection des investissements.

Si l'on se place du côté de l'article 25 (2) (a) et des conditions qu'il établit relativement à la nationalité de l'investisseur personne physique, il est seyant de relever que la possibilité qui leur est offerte de saisir le Centre sur le fondement d'une offre d'arbitrage insérée à l'avance dans une loi nationale ou dans un traité de promotion et de protection des investissements est source d'abus.

En premier lieu, elle habilite l'investisseur à organiser la compétence du Centre. À supposer qu'il soit ressortissant d'un État non contractant de la Convention de Washington, il peut se

faire naturaliser et acquérir la nationalité d'un État contractant. Il accède en conséquence à l'arbitrage CIRDI et aux traités conclus par l'État dont il est nouvellement ressortissant. Par ailleurs, dans l'hypothèse où l'investisseur est un binational qui possède la nationalité de l'État partie au différend, il lui est loisible de l'abandonner pour satisfaire à l'exigence négative de nationalité établie par l'article 25 (2) (a) *in fine*.

En second lieu, elle favorise le *treaty shopping*. Il n'est pas exclu que bien qu'il soit ressortissant d'un État contractant autre que l'État partie au différend, c'est-à-dire qu'il soit à même de saisir le Centre sur le fondement de l'offre d'arbitrage du traité sans qu'il ne lui soit opposé les deux exigences relatives à la nationalité conformément à l'article 25 (2) (a), l'investisseur peut être tenté d'acquérir la nationalité d'un autre État contractant pour bénéficier d'un régime substantiel plus favorable aménagé dans un autre traité conclu par l'État dont il est nouvellement ressortissant et l'État hôte.

Certes, il est vrai que la Convention de Washington habilite les parties à établir quelques exigences relativement à la compétence du Centre. Il leur est ainsi loisible de définir la notion d'investissement de sorte que la qualification de la transaction litigieuse s'opère selon l'accord des parties. En d'autres termes, l'arbitre devra s'assurer que telle transaction répond ou bien à la définition conceptuelle établie, quoique peu commune en pratique, ou bien s'insère dans la liste énumérative visée par l'instrument normatif visé. Il n'en demeure pas moins que la définition subjective de la notion d'investissement ne saurait être en désaccord avec l'objet et les objectifs de la Convention de Washington en ce qui concerne la compétence du Centre. Pareillement, pour ce qui est de la nationalité de la requérante, un constat similaire, si ce n'est exacerbé, prévaut, étant donné que la Convention de Washington établit en vertu de l'article 25 (2) (a) quelques exigences spécifiques à la nationalité.

Dans ce cadre, on ne peut que se rallier aux propositions formulées par M. Francisco Orrego Vicuña dans son opinion dissidente à la décision sur la compétence rendue le 11 avril 2007 dans l'affaire *Waguih Elie George Siag et Clorindavecchi c. République arabe d'Égypte*¹⁶⁴. Il propose une lecture alternative de la Convention de Washington qui prescrit aux arbitres de vérifier la condition négative de nationalité non seulement à la date où l'investisseur a consenti à l'arbitrage mais également à celle où les États ont inséré l'offre d'arbitrage dans le traité sur le fondement duquel la réclamation a été introduite ou encore à celle où l'investissement a été réalisé comme le requièrent certains traités. L'arbitre dissident

¹⁶⁴CIRDI, *Waguih Elie George Siag et Clorindavecchi c. République arabe d'Égypte*, ICSID Case No. ARB/05/15, 11 avril 2007

considère qu'une telle lecture « serait plausible et bien en harmonie avec le sens de la Convention à la lumière de son histoire de rédaction ». Il en vient à établir que l'interprétation donnée par le règlement de procédure relatif à l'introduction des instances doit être complétée ou clarifiée ».

Toutefois, M. Fadlallah loin de s'indigner devant ce constat alarmant, estime que « [cette] position se traduirait par une restriction sévère à la compétence du CIRDI ». Il dépose l'alternative date du traité ou date de l'investissement de toute homogénéité car elle aboutit « à un cumul négatif ». Il est d'avis que la date d'acceptation de la compétence par l'investisseur doit être maintenue et qu'il est concevable qu'un investisseur ayant acquis une nationalité étrangère soit à même d'invoquer le traité. Sans s'opposer à la « lutte contre les abus lorsqu'ils se présentent », l'auteur considère qu'il est incongru de modifier « la règle qui s'adapte à la compétence prévue par un traité », au motif que « les États sont maîtres de leurs engagements dans les traités » et « peuvent restreindre les cas où ils acceptent la compétence arbitrale ». Ce faisant, « [il] n'est pas sain de rattraper leur conscience tardive par une interprétation trop utilitariste de la Convention »¹⁶⁵.

La proposition formulée par l'arbitre dissident dans l'affaire *Waguih Elie George Siag et Clorindavecchi c. République arabe d'Égypte* semble plus justifiable. À défaut d'être apprécié lorsque l'État a exprimé son consentement ou du moins lorsque l'investissement a été entrepris, il n'est pas exclu que l'État soit attiré devant un tribunal arbitral par un investisseur qui n'y est pas habilité lorsqu'il a apposé l'offre d'arbitrage mais ayant par la suite réuni les conditions d'une compétence du Centre.

Par ailleurs, pour éviter que la requérante ne se prévale de l'article 2 (3) du règlement d'introduction des instances et modèle à sa guise la condition prévue par l'article 25 (2) (a) *ab initio*, particulièrement lorsque la réclamation a été introduite par un binational, l'arbitre devrait définir la nationalité dominante ou effective. Il serait seyant qu'il détermine si la nationalité prétendue a été acquise de bonne foi ou dans le but d'organiser la compétence du Centre. Certes, s'il est vrai que le droit interne de l'État dont la requérante invoque la nationalité est seul compétent pour statuer sur celle-ci de sorte que toute preuve avec laquelle la loi applicable est incompatible est irrecevable¹⁶⁶, il n'en reste pas moins qu'il est des cas où

¹⁶⁵FADLALLAH, « La nationalité de l'investisseur dans l'arbitrage CIRDI », *Gaz Pal* 2008, n° 184

¹⁶⁶Principe établi dans la coutume internationale et codifié par l'article 1er de la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, signé à La Haye, le 12 avril 1930 et aux termes duquel il est prévu que : « Il appartient à chaque État de déterminer par

l'arbitre n'est pas lié par le droit national en question. C'est ainsi que l'on constate l'impact du droit international public dit « socle » en ce que les règles fondamentales de souveraineté des états prévalent sur le marché détaillé des investisseurs privés.

Le collège arbitral peut méconnaître les dispositions sur la nationalité lorsqu'il s'avère que la nationalité est ineffective, c'est-à-dire lorsqu'il n'existe pas de lien substantiel entre l'État et l'individu dont il est le ressortissant. Ces propos trouvent écho auprès de la jurisprudence de la CIJ. Dans l'affaire *Nottebohm*, la Cour a affirmé que « la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs ». M. Schreuer a même estimé que l'arbitre est à même de s'écarter du droit interne sur la nationalité lorsqu'il est question d'acquisition involontaire de la nationalité en violation du droit international ou de retrait de la nationalité de manière contraire au droit international. Quoiqu'il en soit, les arbitres doivent résister à l'attrait de généraliser les exceptions susvisées au risque de compromettre « le principe de l'application de la loi de l'État concerné » et « d'aboutir, ainsi, à la méconnaissance d'obligations résultant de traités internationaux ».

La possibilité pour l'arbitre de se détacher du droit interne de la nationalité fut établie dans l'affaire *Soufraki*. Le comité *ad hoc* n'a pas écarté cette possibilité et a affirmé qu'il peut ne pas être tenu compte de la nationalité en cas de fraude ou d'erreur. Pour asseoir son interprétation, il s'est référé à l'affaire *Flegenheimer* qui relève qu'il est un principe généralement accepté du droit international que les tribunaux internationaux sont non seulement habilités mais aussi tenus d'établir leurs propres conclusions relativement à la nationalité en cause, alors même que des documents officiels de nationalité qui émanent de l'un des États parties au traité sur le fondement duquel la requête d'arbitrage a été introduite lui furent présentés. La commission de l'affaire *Flegenheimer* a rejeté l'argument selon lequel un tribunal ne saurait statuer sur les questions afférentes à la nationalité si des certificats officiels de nationalité ont été délivrés et s'est dit en mesure de les rejeter lorsqu'ils résultent d'une fraude ou d'une erreur ou sont incompatibles avec le droit international applicable à la nationalité ou avec les principes généraux de la communauté des nations sur la nationalité. Il en vient donc une forme d'interprétation de la protection des compétences propres et proche régaliennes d'un État de gérer ses ressortissants.

sa législation quels sont ses nationaux. Cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité ».

Cela dit, il est important d'évoquer que, dans l'affaire *Champion Trading Company et autres c. République arabe d'Égypte*, après avoir écarté les décisions rendues dans les affaires *Nottebohm* et en partant du principe que l'article 25 (2) (a) de la Convention de Washington renferme une règle claire et spécifique à l'égard des binationaux, le tribunal a conclu que la vérification que la nationalité soit réelle et effective est irrecevable. Aussi, dans l'affaire *Waguih Elie George Siag et Clorindavecchi c. République arabe d'Égypte*, étant donné que les parties ont consenti à l'arbitrage sous l'égide de la Convention de Washington qui a établi un régime particulier quant à la compétence du Centre, d'un côté, et vu la définition de personne physique par l'article 1 (3) du TBI applicable, le tribunal a estimé qu'il n'y a pas lieu de vérifier si la nationalité est effective et dominante, en ce que le régime sous les auspices de la Convention de Washington et les dispositions du TBI priment.

L'investisseur privé devra alors, au préalable de l'instauration d'un projet digne de ce nom, s'informer de façon concrète sur les potentielles options s'offrant à lui d'investissement à l'étranger, en vertu du droit en vigueur et dans son pays d'origine, et dans le pays au sein duquel il envisage de nouer affaires, afin d'anticiper tout déboutement d'une juridiction internationale devant laquelle il serait amené à régler ses différends et à défendre ses droits. La question de la nationalité étant un critère fondamental à prendre en compte.

§2 - L'impact de la nationalité du ressortissant sur la défense de ses droits à l'investissement

D'une part, il s'avère que le droit conventionnel des investissements est source de différences de traitement liées à la nationalité de l'investisseur en ce qu'il pourra bénéficier ou non d'un régime favorable en fonction d'un pays selon le pays dont il est ressortissant. En effet, certains traités bilatéraux d'investissement entre Etats définissent l'investisseur en se référant à sa nationalité ainsi qu'à sa résidence. Ainsi le traité conclu entre le Canada et l'Uruguay en 1997 désigne par investisseur, personne physique dans le cas du Canada toutes personnes détentrices de la nationalité canadienne où sa propre résidence. L'utilisation du critère de résidence pour élargir le cercle des bénéficiaires des garanties conventionnelles est une innovation au regard du droit international classiquement appliqué aux cas pratiques mais il fait illustrer une politique d'intégration des résidents dans le circuit économique et traduit le souhait de certains Etats d'attirer le maximum d'investissement. Ce critère de la résidence utilisé par certains

traités d'investissement rappelle le critère de résidence utilisé dans le droit conventionnel fiscal applicable dans certains Etats. D'ailleurs, pour déterminer le résident, un tribunal arbitral, statuant en application du traité bilatéral d'investissement entre l'Espagne et la Pologne n'a pas hésité à se référer à la convention visant à éviter la double imposition conclue entre les mêmes Etats. Dans ce contexte, il est important de rappeler que hormis le principe de non-discrimination qui est accordé en fonction de la nationalité, certaines autres dispositions induisent le double critère. En outre, certains traités d'investissement ont prévu une clause spéciale connue sous le nom de clause de négation des avantages¹⁶⁷. Par cette clause l'Etat se réserve le droit de refuser la protection d'un traité d'investissement à une entité incorporée dans un Etat signataire de ce traité lorsqu'elle est contrôlée par des ressortissants d'un Etat tiers ou lorsqu'elle n'a aucune activité substantielle dans l'Etat d'incorporation en lien avec sa nationalité. L'article 17 du Traité sur la Charte de l'énergie dispose ainsi que « chaque partie contractante se réserve le droit de refuser le bénéfice de ces avantages à toute entité juridique si les citoyens ou les ressortissants d'un Etat tiers sont propriétaires ou ont le contrôle de cette entité et si celle-ci n'exerce pas d'activités commerciales substantielles dans laquelle elle est constituée... ». Ces extraits normatifs révèlent un grand contraste d'application des dispositions aux investisseurs en fonction de leur Etat d'origine et de la considération de leur nationalité. Pour savoir donc si une personne privée est couverte par le champ d'application d'un traité de protection des investissements étrangers, nous devons déterminer si elle est ressortissante de l'un des Etats parties à celui-ci, et si elle est titulaire des droits sur un investissement réalisé sur le territoire d'un autre Etat partie au même traité. Cette dernière partie de la question se pose essentiellement lorsque, cas très fréquemment rencontrés dans la pratique contentieuse, l'opération d'investissement est réalisée par une société dont le capital est détenu par des actionnaires ou associés ayant une nationalité différente par rapport à l'Etat en vertu de la législation duquel cette société a été constituée. En fonction du titulaire de la réclamation, la société ou l'un ou plusieurs de ses associés, portée à l'encontre de l'Etat de territorialité de l'investissement lésé, le titre pour agir du requérant pourrait lui être contesté.

D'autre part, à travers une autre approche du droit international en vigueur, nous pouvons établir une réflexion relative à l'amélioration des conditions de traitement des nationaux

¹⁶⁷BEN HAMIDA (W), « la clause relative à l'exclusion des avantages (Denial of Benefits Clause) jurisprudence arbitrale en matière d'investissement : réflexions sur les affaires Amto et Yukos », 2012, Vol IX, n°35, p.47

envers leur droit à l'investissement à travers les droits de l'Homme. Certes, le développement de la protection internationale des droits de l'Homme est indéniablement liée au changement de la condition juridique de l'individu comme développé au sein de la section consacrée au statut de l'investisseur étranger. Cela dit, ce dernier facteur est tout aussi déterminant dans le renouvellement de la signification même du concept de protection diplomatique. Tous ces concepts étant en constante évolution, et dont les termes dépendent du contexte dans lequel ils sont appliqués. Selon la thèse classique de la substitution de l'individu par l'Etat¹⁶⁸, fondée sur une coutume construite traditionnellement autour de la jurisprudence Mavrommatis, le mécanisme de la protection diplomatique des Etats est le droit propre du gouvernement national à ce que ses ressortissants vivants dans un Etat tiers obtiennent certain traitement et en d'autres termes, de faire respecter les dispositions de son droit national. Cette propre interprétation met en avant le fait que le ressortissant, selon l'impact de la protection diplomatique de son Etat, verra une discrimination s'appliquer à son cas en fonction de la qualité de protection du droit interne de l'Etat dont il est ressortissant.

La question du rapport entre le droit international des droits de l'Homme et du droit des investissements est très vaste, il s'agit de se restreindre à l'étude d'autres moyens de percevoir la protection des investisseurs au regard de leur pays d'origine ainsi que d'analyser l'application du droit qui est faite par les juridictions internationales. Les investisseurs internationaux peuvent-ils trouver une alternative à leur protection au sein du système des droits fondamentaux ? Si oui, une discrimination en lien avec leur nationalité existe-t-elle ? C'est sur ce terrain que notre interrogation aura du sens par rapport à l'étude de ce problème. En l'espèce, la Cour Européenne des droits de l'Homme (CEDH) est le système juridique présentant le plus de similarité avec le droit des investissements. En effet, lorsque la Cour inter-américaine des droits de l'Homme (CIADH) présente des arrêts très protecteurs des droits fondamentaux, elle ne présente pas la même pertinence lorsqu'il s'agit du statut de l'investisseur étranger, étant destinée à ne protéger que les personnes physiques en tant que telles¹⁶⁹. Par ailleurs, la nature des litiges soumis à la CEDH de façon générale présente plus de ressemblance avec le contentieux des investissements. Ainsi, et malgré une évolution du

¹⁶⁸La « substitution » est le remplacement d'une personne par une autre selon l'interprétation de G. Cornu dans Vocabulaire juridique, Paris, PUF, 2005, p. 4

¹⁶⁹L'article 1.1 de la Convention interaméricaine de protection des droits de l'Homme limite l'accès au système inter-américain à toute personne définie comme « tout être humain » et en l'occurrence, en matière de droit des investissements et plus particulièrement d'investisseur privé, il arrive souvent qu'il soit question d'une société.

contentieux en Amérique latine, la CIADH est essentiellement saisie pour des questions d'atteintes à l'intégrité physique telles que les disparitions forcées, alors que les affaires soumises à la CEDH ont plus souvent porté sur des violations que l'on retrouve dans le contentieux des investissements. Enfin, l'analyse de la protection de la CESDH comme alternative aux procédures offertes par les traités relatifs aux investissements est notamment suggérée par quelques affaires récentes qui ont fait l'objet de recours parallèles devant la CEDH et des tribunaux arbitraux. La plus connue est évidemment l'affaire Yukos¹⁷⁰.

En espèce, la CEDH avait reconnu des droits actionnaires dans le contentieux Yukos, cela a provoqué de vives réactions de la part de la Russie, pays d'origine de la société. La Cour constitutionnelle russe a autorisé l'Etat russe à ne pas régler les dédommagements record qu'il devait verser aux ex-actionnaires du groupe pétrolier Yukos après la décision en 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) "Les décisions de la CEDH n'ont pas aboli dans le droit russe le principe de priorité de la Constitution", a mentionné la Cour constitutionnelle lors d'une séance à Saint-Pétersbourg. "En conséquent, lorsque la décision d'une organisation internationale (...) contrevient aux principes et aux normes de la Constitution, la Russie a le droit de se retirer de la mise en oeuvre de cette décision", souligne la Cour. Or, verser aux ex-actionnaires de Ioukos "une somme sans précédent" alors que le groupe pétrolier de l'ancien oligarque et opposant Mikhaïl Khodorkovski a été accusé d'évasion fiscale à grande échelle "menaçant les bases de l'Etat social et démocratique" contreviendrait "aux principes constitutionnels d'égalité et de justice". "Par conséquent, il est impossible de mettre en oeuvre la décision de la CEDH", conclut la Cour constitutionnelle. Le Conseil de l'Europe a exprimé sa "préoccupation" après la décision de la Cour constitutionnelle. Le porte-parole du Kremlin Dmitri Peskov a souligné pour sa part que la Russie continuerait de protéger "ses intérêts sur le plan juridique". La CEDH, organe judiciaire du Conseil de l'Europe, avait ordonné à la Russie en juillet 2014 de verser 1,9 milliard d'euros aux ex-actionnaires de Ioukos, à titre de dédommagement pour des irrégularités dans la procédure fiscale intentée contre la société en 2000. Mais les députés russes avaient adopté en décembre 2015 une loi plaçant l'autorité de la Cour constitutionnelle russe au-dessus de celle de la CEDH, rendant possible la décision prise jeudi. La Cour permanente d'arbitrage (CPA), une juridiction internationale située à La Haye, a également ordonné à la Russie de verser aux actionnaires de Ioukos une indemnité de 50 milliards de

¹⁷⁰CEDH, *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, 20 septembre 2011, requête n°14902/04

dollars (47,2 milliards d'euros). C'est donc un arrêt phare illustrant l'impact des jurisprudences liées aux droits de l'Homme envers le droit de l'investissement. Le tournant qu'à pris cette affaire et surtout la réaction étatique Russe quant à la condamnation subie et leur refus d'appliquer cette sentence illustre que selon sa nationalité et l'Etat dont on est ressortissant, la protection issue du système des droits de l'homme envers le droit à l'investissement est plus ou moins garanti, et la jurisprudence qui prononce ces éventuels droits n'interviendra pas toujours comme une protection efficace et avérée pour l'investisseur.

Dans un autre contexte, la jurisprudence Diallo qui mêle protection des investissements et protection des droits fondamentaux en est une illustration¹⁷¹. En effet, la Cour Internationale de Justice (CIJ) a refusé de reconnaître des droits à M. Diallo en tant qu'investisseur étranger en raison des règles restrictives de compétences de cette même juridiction, mais il n'en reste pas moins qu'il n'était pas un individu dont les droits fondamentaux avaient été bafoués par les autorités congolaises, mais aussi un investisseur étranger dont les biens avaient été confisqués par l'Etat d'accueil. De manière semblable, l'affaire Biloune¹⁷² dans laquelle l'investisseur syrien a été détenu de manière arbitraire avant d'être expulsé illustre la rencontre entre la logique des droits de l'Homme et celle du droit des investissements. Cette affaire a relevé d'une juridiction arbitrale de protection des investissements mais elle aurait pu relever d'une juridiction régionale de protection des droits de l'Homme s'il en avait existé une à l'époque. Par ailleurs, si elle était survenue quelques dizaines d'années plus tôt, c'est-à-dire avant l'époque des tribunaux arbitraux des investissements et des cours régionales de droits de l'Homme, peut-être aurait-elle pu relever d'une juridiction arbitrale liée au droit des étrangers.

Sous un autre angle d'analyse, et à travers le principe fondamental du traitement juste et équitable de l'investisseur, ce principe a été jugé comme le principe le plus important du droit des investissements. Cette affirmation s'appuie sur le nombre considérable d'affaires dans lesquelles le principe est invoqué que sur le nombre important de décisions arbitrales concluant à la violation de ce principe. Pour les investisseurs, l'avantage de ce principe est double. Premièrement, il n'est pas défini précisément défini, et comme tout principe ayant un flou juridique à un certain plan, il sous-entend une possible interprétation favorable du juge, deuxièmement, il est absolu et ne dépend pas du traitement accordé à d'autres investissements,

¹⁷¹CIJ, Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo, 24 mai 2007 (exceptions préliminaires) / 30 novembre 2010 (fond).

¹⁷²Tribunal Ad hoc CNUDCI, Biloune et Marine Drive Complex Ltd c. Ghana investments centre et gouvernement du Ghana, sentence et compétence de fond en date du 27 octobre 1989.

nationaux et étrangers¹⁷³. Il est clair que le traitement des individus va varier en fonction de l'interprétation allouée au principe, mais pour une fois, la discrimination de traitement des justiciables sera basé sur un facteur annexe à celui de la nationalité, ou plutôt, le problème de la nationalité sera relégué au second plan en ce que sa portée varie d'un tribunal à un autre, mais il y a un fond commun qui tient au standard minimum de traitement des étrangers en droit international.

Cela dit, même si l'émergence d'une protection des droits de l'investisseur peut être constatée au fil de l'analyse de la jurisprudence et des pratiques rendues, il n'est pas complexe d'en conclure que selon la zone géographique dont provient un investisseur, la position étatique de son pays sur le point de droit donné, l'étendue de la protection diplomatique de son Etat, ou encore l'accessibilité à un régime privilégié du fait d'une entente conventionnelle liée à son pays, l'investisseur subira un traitement différent. C'est pourquoi il est indispensable d'analyser l'Etat en tant qu'agent du droit international de l'investissement (Chapitre 2).

¹⁷³CNUCED, *Bilateral Investment Treaties*, New York, Nations Unies, U.N. Doc, 1998, p. 53

Chapitre 2 – Le rôle de l'État

Afin d'encourager les investissements à l'étranger, principalement les investissements commerciaux, les États ont mis en place des systèmes destinés à protéger les intérêts de leurs nationaux contre les mesures prises par l'État de territorialité dans lequel ces investissements se réalisent. Les systèmes de garantie sont donc au service de la politique commerciale et de la politique d'investissement des États exportateurs de capitaux. C'est pourquoi ils reposent le plus souvent sur des capitaux publics qui garantissent l'investisseur contre la réalisation de certains risques ciblés. Le caractère public de la garantie et la sélection des risques couverts permettent de bien distinguer la garantie de l'assurance.

Le droit français pose aujourd'hui, comme règle de principe, que « les relations financières entre la France et l'étranger sont libres ». En effet, ont été abandonnée toute procédure de déclaration ou d'autorisation préalable du ministre chargé de l'Économie pour les investissements directs étrangers dans les domaines non réservés de l'économie française. Toutefois, cette autorisation subsiste pour les investissements étrangers dans les secteurs dits sensibles. Pour les autres, une simple déclaration suffit¹⁷⁴.

Il s'agira ici de voir le rôle de l'Etat dans les investissements directs par des exemples. Certaines règles, bien que ne relevant pas du droit positif, doivent néanmoins être prises en considération en raison de leur importance et influence. Il en va ainsi des principes directeurs de l'OCDE en matière d'investissement international et d'entreprises multinationales qui n'ont cessé depuis leur formulation initiale en 1976 d'être une source d'inspiration pour les divers agents économiques qui ont de facto ajusté leur comportements.

Que ce soit la France ou le Qatar, ces deux Etats sont des partenaires privilégiés, notamment sur le plan de la coopération militaire. La mise en chantier des grands projets de développement économique liés à l'exploitation gazière ouvre des perspectives intéressantes pour le renforcement des relations économiques entre les deux pays. On peut ainsi le voir dans l'implication de l'Etat dans les investissements directs (Section 1) et à travers des exemples concrets (Section 2).

¹⁷⁴ C. mon. fin., art. L. 151-1 s. et R. 153-1 s. Crim. 25 juin 2014, no 13-81.903.

Section 1 - Implications de l'Etat dans les investissements directs

L'investissement dans sa définition fait partie de ces notions économiques qui ont acquis droit de cité dans le monde juridique, pour se limiter à l'ordre international.

L'implication de l'Etat dans les investissements directs constitue l'une des composantes du droit coutumier que certaines sentences arbitrales récentes ont constaté en estimant qu'elle n'avait pas d'existence propre dans la mesure où elle était absorbée par le « traitement juste et équitable » notamment dans le cas de la *London court of international arbitration*¹⁷⁵.

Il y a un principe qui est la liberté de la déclaration administrative. Les investissements directs étrangers en France sont libres, mais doivent faire l'objet, lors de leur réalisation, d'une déclaration administrative¹⁷⁶, adressée à la direction du Trésor. Par « réalisation de l'investissement », il convient d'entendre toute opération matérialisant l'accord des parties contractantes, et notamment la conclusion de l'accord, la publication de l'offre d'achat ou d'échange, ou l'acquisition d'un actif constitutive d'un investissement direct étranger en France. Le décret 89-938 du 29 décembre 1989 précisait déjà que la déclaration doit contenir des précisions sur l'investisseur, l'objet de l'investissement et la répartition du capital avant et après l'opération déclarée, option éventuelle sur le solde du capital, montant de l'opération.

L'article 8 du décret du 7 mars 2003 qui a remplacé le décret du 29 décembre 1989 dispose que le défaut de déclaration administrative est sanctionné par une amende d'un montant égal au montant maximum applicable aux contraventions de 4^e classe.

Toutefois, tous les investissements ne sont pas soumis à cette obligation de déclaration administrative. En effet, l'article 6 du décret dispose que sont dispensés de la formalité de déclaration administrative les opérations d'investissement suivantes :

1° La création ou l'extension d'activité d'une entreprise de droit français existante détenue directement ou indirectement par des entreprises de droit étranger ou des personnes physiques non résidentes ;

2° Les accroissements de participation dans une entreprise de droit français détenue

¹⁷⁵ London court of international arbitration

¹⁷⁶ Décret 2003-196 du 7 mars 2003 réglementant les relations financières avec l'étranger

directement ou indirectement par des entreprises de droit étranger ou des personnes physiques non résidentes lorsqu'ils sont effectués par un investisseur détenant déjà plus de 50 % du capital ou des droits de vote de la société ;

3° La souscription à une augmentation de capital d'une entreprise de droit français détenue directement ou indirectement par des entreprises de droit étranger ou des personnes physiques non résidentes, sous réserve qu'elles n'accroissent pas à cette occasion leur participation ;

4° Les opérations d'investissements directs réalisés entre des sociétés appartenant toutes au même groupe, c'est-à-dire étant détenues à plus de 50 % directement ou indirectement, par les mêmes actionnaires ;

5° Les opérations relatives à des prêts, avances, garanties, consolidations ou abandons de créances, subventions ou dotations de succursales, accordés à une entreprise de droit français détenue directement ou indirectement par des entreprises de droit étranger ou des personnes physiques non résidentes qui la détiennent ;

6° Les opérations d'investissements directs réalisés dans des entreprises de droit français exerçant une activité immobilière autre que la construction d'immeubles destinés à la vente ou à la location ;

7° Les opérations d'investissements directs réalisés, dans la limite de 1 500 000 EUR, dans des entreprises de droit français artisanales, de commerce de détail, d'hôtellerie, de restauration, de services de proximité ou ayant pour objet exclusif l'exploitation de carrières ou gravières ;

8° Les acquisitions de terres agricoles.

Par ailleurs, selon l'article 7 du même décret, certains types d'investissement sont cependant soumis à une autorisation préalable au Ministre chargé de l'économie et non à une simple déclaration administrative. Il s'agit des investissements suivants :

1° Les investissements directs étrangers en France qui sont de nature à mettre en cause l'ordre public ou la sécurité publique :

a) Les investissements réalisés par une personne dont l'une au moins des activités qu'elle exerce ou qu'elle a exercée au cours des dix dernières années ou dont les conditions d'exercice de cette activité constituent une présomption sérieuse qu'elle est susceptible de commettre ou de faciliter l'une des infractions visées par les articles 222-34 à 222-39, 223-15-2, 225-5, 225-6, 225-10, 324-1, 421-1 à 421-2-2, 433-1, 450-1 et 450-2-1 du code pénal ;

b) Les investissements effectués dans les secteurs des jeux d'argent, notamment dans les

casinos et les cercles de jeux, et dans les activités réglementées de sécurité privée ;

2° Les investissements directs ou indirects étrangers réalisés en France ayant trait à la défense nationale et aux armes et explosifs ;

3° Les investissements directs étrangers en France de nature à créer des risques sérieux mettant en cause la santé publique.

Le ministre chargé de l'économie se prononce alors dans un délai de deux mois à compter de la réception de la demande d'autorisation. A défaut, l'autorisation est réputée acquise.

Les constitutions et liquidations d'investissements directs français à l'étranger sont libres.

Cependant, aux termes de l'article 4 du décret, doivent faire l'objet auprès de la Banque de France d'informations complémentaires à des fins statistiques, dans des conditions et délais fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie, lorsque leur montant dépasse 15 millions d'euros :

1° Les investissements directs étrangers en France et leur liquidation tels que définis au I du 4° de l'article 1er, c'est à dire les opérations par lesquelles des non-résidents ou des résidents acquièrent au moins 10 % du capital ou des droits de vote, ou franchissent le seuil de 10 %, d'une entreprise résidente ou non résidente respectivement ;

2° L'acquisition ou la cession d'entreprises non résidentes par des résidents ;

3° L'acquisition ou la cession de biens immobiliers à l'étranger par des résidents et en France par des non-résidents.

Concernant le Qatar, L'objectif du Qatar est de devenir un pays leader en termes d'environnement des affaires et d'investissements étrangers. Ces derniers n'ont cessé d'augmenter ces dernières années grâce à un environnement politique stable, à une devise stable indexée sur le dollar américain, à la qualité des infrastructures, à un des taux d'imposition sur les sociétés parmi les plus bas du monde (10%) et à une loi de 2010 sur les investissements qui permet désormais aux étrangers de posséder la totalité des parts d'une société dans des secteurs comme les technologies de l'information, le conseil, la culture, le sport et la distribution. En outre, en 2015 les conditions de travail des immigrés opérant au

Qatar ont été améliorées.

Cependant, l'un des éléments qui limite l'expansion des flux d'IDE concerne les politiques menées dans le secteur privé, notamment la lenteur de la mise en place du programme de privatisation. De plus, la taille réduite du marché national, le manque de main-d'œuvre qualifiée et son coût élevé constituent des freins aux IDE. Le programme de partenariat public-privé (PPP) lancé récemment devrait améliorer la situation. Le Qatar a perdu des dizaines de places dans le classement Doing Business 2017 de la Banque mondiale, ayant été classé 83ème sur 190 pays. Il s'agit de la troisième année consécutive de baisse.

Les flux d'IDE à destination du Qatar sont de l'ordre d'1 milliard USD. En 2015, les flux d'IDE se sont repliés par rapport à 2014 (-3,9 milliards QAR) du fait d'importants désinvestissements. Le Qatar est également un important investisseur à l'étranger grâce à ses importantes réserves de change.

Les perspectives ouvertes par la France et le Qatar avec l'accord de 1996¹⁷⁷, ont attiré d'importants flux d'investissements directs étrangers entre les deux Etats.

Ces investissements ont impacté sur les structures économiques de la France et du Qatar. L'étude économétrique sur les données de panel pour ces deux pays mets en évidence deux effets spécifiques. La diversification sectorielle des activités d'une part, et leur concentration spatiale, d'autre part, apparaissent directement favorisées par les entrées d'IDE.

Depuis le début de leur transition vers l'économie de marché, les deux Etats ont connu d'importantes entrées d'investissements directs Etrangers (IDE) et ont pris une part croissante dans l'accueil de cette catégorie de mouvements internationaux de capitaux.

L'une des caractéristiques essentielles de l'IDE, qui le distingue d'autres formes d'investissement international, est la capacité de l'investisseur à exercer un contrôle sur l'emploi des capitaux déplacés. En d'autres termes, à travers les IDE, des non-résidents peuvent influencer l'activité productive du pays d'accueil. Les effets ainsi induits peuvent se manifester à travers différents indicateurs économiques notamment dans la croissance et

¹⁷⁷ L'accord de Franco-Qatari,

l'emploi, volume et contenu des échanges extérieurs, de structure concurrentielle du marché, transferts de technologie, qualification de la main-d'œuvre.

La protection des investissements directs étrangers peut avoir pour cause des abus de droit de l'Etat hôte. Ainsi l'on ne peut pas écarter cette notion d'abus de droit qui est susceptible de heurter les Etats souverains.

En effet, N. Politis¹⁷⁸ et H. Lauterpatcht¹⁷⁹ ont prôné sa transposition dans le droit international, l'interdiction de l'abus de droit qui est un fait incontestablement partie de l'ordre juridique international.

¹⁷⁸ N. Politis, « les problèmes des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », RCADI, 1925, pp. 1 et s

¹⁷⁹ H. Lauterpatcht, « the function of Law in the international commuty, Oxford, the Claredon press, 1933, pp. 286-306

Section 2 - Exemples de la France et du Qatar

Depuis presque 20 ans, le Qatar vit une période charnière et exceptionnelle de son développement économique. Les investissements pour moderniser le pays ont été considérables attirant de nombreuses entreprises étrangères au Qatar tandis qu'à l'étranger, les investissements qataris se multipliaient. Le Qatar a ainsi noué des relations économiques et politiques fortes avec la plupart des grandes économies de la planète. C'est le cas de la France où les investissements qataris sont présents dans plusieurs secteurs de l'économie (infrastructures, hôtellerie, sport bien sûr mais aussi luxe etc.). Le rapprochement des deux pays a aussi poussé les entreprises françaises à aller travailler et investir au Qatar. La croissance économique des pays européens est ralentie par toutes les conséquences de cette crise. En France, le dernier rapport de l'OCDE pointe la nécessité de réformes de l'économie et des investissements dans des secteurs d'avenir mais dans le même temps, les moyens disponibles au niveau national restent faibles. A l'inverse, les pays émergents ont profité d'une croissance plus dynamique, au moins au début de la crise pour accumuler des devises et des moyens financiers importants leur permettant de financer des nouveaux investissements sur leur territoire mais aussi partout dans le Monde. C'est le cas du Qatar qui a engagé de nombreuses réformes pour asseoir le développement de son économie. Le pays affiche une croissance économique élevée et solide malgré la baisse des prix du pétrole ces dernières années.

Un point d'actualité est indispensable à ce stade du développement en ce que les évènements en cours ont un impact majeur sur la situation du Qatar. Le petit émirat, en « froid » avec ses voisins au premier rang desquels l'Arabie Saoudite, a des intérêts économiques aux quatre coins de la planète notamment aux Etats-Unis et en France. « *Ils ont des tentacules un peu partout, c'est étonnant* »¹⁸⁰, citation de l'auteur Randa Slim, experte du Middle East Institute. L'Arabie Saoudite, les Emirats Arabes Unis, Bahreïn et l'Egypte ont rompu le 5 juin leurs relations puis fermé toutes frontières aériennes, maritimes et terrestres avec le Qatar, qu'ils accusent de liens avec le terrorisme et de rapprochement avec l'Iran. Ainsi en proie à une guerre diplomatique ouverte avec ses voisins du Golfe, le petit émirat peut néanmoins se targuer d'avoir « pris des positions » un peu partout dans le monde, et œuvre ainsi, depuis de longues années, à peaufiner sa « diplomatie de l'investissement ». Et ce même si certains

¹⁸⁰SLIM (R) « Investissements et Moyen-Orient », Middle East Institute, Mars 2017

accusent ouvertement Doha de financer de terrorisme qui restent toujours sans éprouves.

Ce dynamisme des relations économiques entre les deux pays se construit autour de plusieurs facteurs : une croissance économique solide du Qatar malgré la baisse du prix du pétrole et du gaz, principale exportation de ce pays. Cette croissance est fondée sur une diversification réussie de l'économie de ce pays. Elle est une véritable opportunité tant pour les plus grandes entreprises françaises (Total, Bouygues, Thalès etc.) que pour de plus petites structures. Tous les domaines d'activités sont concernés, la volonté de développement économique autour de la National Vision 2030 s'appuyant sur la création d'activités aussi diversifiées que possible, un niveau de vie parmi les plus élevés de la planète pour la population et l'émergence d'une main-d'œuvre qualifiée et formée dans les meilleures universités du Monde ; Des besoins de financements importants pour les entreprises françaises quand les qataris disposent de ressources importantes liées à la rente énergétique qu'ils souhaitent investir à moyen et long terme pour inscrire la croissance et le développement économique dans la durée. Les investissements du Qatar en France sont ainsi nombreux et significatifs, assurés à la fois par le fonds souverain Qatar Investment Authority (QIA), par la Qatar National Bank (QNB) et par de grands groupes qataris (Katara Hospitality, Qatar Airways etc.). Ils permettent le maintien ou la création d'activités, d'emplois et soutiennent le développement de start-ups et de petites entreprises dans des domaines aussi divers que l'hôtellerie de luxe, le transport, l'aéronautique ou le BTP... Des relations diplomatiques, politiques et économiques solides et de longue date entre les deux pays et une réelle complémentarité des structures économiques. Le Qatar est une économie émergente quand le développement économique de la France est déjà ancien. Le Qatar est ainsi en plein essor économique quand la croissance de la France patine depuis plusieurs années. Le Qatar est encore dépendant de ses exportations d'hydrocarbures et de ses importations de produits finis quand le commerce extérieur de la France se révèle très diversifié. Ces différences se révèlent être autant de complémentarités pour deux pays ayant mis au cœur de leur stratégie de développement, le progrès économique et social autour de l'innovation, l'éducation, la culture ou le sport.

Les premiers investissements réalisés en France marquent d'autant plus l'inconscient collectif qu'il s'agit de symboles forts. « *On parle des investissements qataris en France depuis l'acquisition en 2012 du Club de football, le Paris Saint Germain* » a déclaré Maurice Leroy, ancien ministre, député de Loir-et-Cher, président du groupe d'amitié France-Qatar lors d'un séminaire sur les relations entre les deux pays. La portée symbolique de cet achat est

tellement forte qu'elle nourrit de nombreuses opinions d'acquisition abusive ou d'octroi d'un statut très particulier au Qatar. Cela dit, en pratique, ces affirmations restent à nuancer. La part des investissements qataris dans les entreprises françaises est très étendue à travers les domaines d'investissements et les symboles au sein desquels ils opèrent, mais en terme de parts d'acquisitions, ils restent minoritaires.

Il est judicieux d'évoquer la source de financement de la péninsule du Golfe, le Qatar Investment Authority (QIA). Il est le fonds d'investissement souverain de l'émirat du Qatar, fondé en 2005. Le QIA est réputé d'appartenance intégrale à l'Etat et la famille régnante n'y posséderait aucune part. C'était là, la volonté de l'émir au moment de sa création. Il s'agit donc d'un jeune fonds souverain dont les réserves sont largement inférieures à celles détenues par la Norvège ou les Emirats arabes unis, de l'ordre de 130 milliards de dollars. Mais ce fonds est appelé à grandir rapidement grâce aux montants qu'il reçoit chaque année provenant des revenus générés par les exportations de gaz. A l'instar des autres fonds souverains de la péninsule arabique, c'est la notion de rentabilité qui domine dans le choix des investissements du Qatar Investment Authority dont l'objectif est de diversifier les ressources du pays et de générer des revenus qui permettront d'assurer le fonctionnement de l'Etat lorsque les ressources énergétiques seront tarées. C'est dans cette optique que le QIA a lancé un programme d'investissement de par le monde et qui touche les cinq continents.

Il faut savoir que le Qatar a une stratégie d'investissement propre à tous les pays, qu'il applique à la France. Elle est basée sur les revenus qui peuvent être dégagés de ces placements, soit un retour significatif sur investissement. Les investissements du Qatar Investment Authority en France, ont majoritairement concerné trois secteurs : vous avez d'abord, des entreprises qui portent sur des activités diverses. A ce jour, on compte des prises de participation du fait de ce fond dans huit sociétés telles que Vinci, Veolia, Total, Lagardère, Vivendi, France Telecom, Suez environnement et LVMH (Louis Vuitton Moët Hennessy). C'est en effet 4,5 % du capital de Suez environnement, 7 % chez Vinci, 1 % chez LVMH ou encore 2 % des parts de Vivendi. Les investissements du Qatar en France même s'ils ont augmenté ces dernières années se situent très loin derrière les pays de l'Union européenne qui restent les premiers investisseurs en France avec 61% de l'ensemble des décisions d'investissement, viennent ensuite l'Amérique du Nord 22 % et l'Asie 12 %. De plus, le fond souverain détient un vecteur de solidarité d'affaire envers les sociétés dans au sein desquelles il a pris des participations. Ainsi pour Vinci qui à travers sa Joint-Venture avec Qatari Diar a

obtenu plusieurs contrats notables, l'un à Paris pour la transformation du Centre de Conférences Internationales de l'avenue Kleber, anciennement hôtel Majestic, et qui va retrouver sa fonction première avec l'hôtel Péninsula, d'autres au Qatar et tout récemment le métro de Doha pour un montant de 1.5 milliards de dollars.

Il est important de préciser que les prises de participation dans des sociétés françaises de part le Qatar restent toujours au-dessous de la minorité de contrôle et les dirigeants du fonds souverain n'ont pas à ce jour le pouvoir d'interférer leur mode de gestion propre, mais sont disposés à apporter une aide susceptible d'améliorer les résultats financiers comme ce fût le cas pour Vinci. Sur le plan touristique, les investissements du Qatar en France ont eu un impact considérable et notamment dans le secteur hôtelier via une filiale du Qatar Investment Authority, Qatara Hospitality, est aujourd'hui en charge de ce secteur d'activité et regroupe tous les investissements dans l'hôtellerie effectués avant sa création. Trois hôtels à Paris appartiennent au fonds souverain : Le Royal Monceau, Le Peninsula ainsi que futur Le Buddha Bar Hôtel.

S'agissant de l'Europe, le montant des investissements en France ne figure qu'en quatrième position après celui de l'Allemagne, de la Suisse et de la Grande-Bretagne. Après impulsion politique du gouvernement français évoluant sous cette tendance depuis une dizaine d'années, le Qatar n'accède pas à la prise d'initiatives financières et de l'ordre de l'investissement susceptible d'influencer les pouvoirs publics et notamment celles corrélatives aux sociétés du CAC 40. Sur le plan fiscal, des responsables du ministère qatari des finances, la convention signée avec la France en vue d'éviter les doubles impositions le 4 décembre 1990 était par certaines clauses, nettement moins avantageuse que celle octroyée au Koweït et à l'Arabie Saoudite. Un avenant a alors été diplomatiquement imposé par le Qatar afin d'équilibrer les avantages alloués aux pays du Golfe par la France. Un avenant fut signé par les deux gouvernements le 14 janvier 2008 pour une entrée en vigueur le 23 avril 2009. De cet avenant en est ressorti de nombreuses contestations internes en France quand à l'impact subi par les investisseurs interne, lésés par les avantages octroyés aux pays du Golfe, ainsi que par le Qatar jugeant les avantages accordés moins poussés que ceux dont ils bénéficient de part d'autres voisins européens. Doha avait connu un dessous médiatique du fait d'un fond qui devait être alloué dans un secteur plutôt novateur par rapport à leurs domaines d'investissements coutumiers d'investir en banlieue pour favoriser le développement. Le projet avait été gelé afin de renaître en 2012 conformément aux nouvelles dispositions et aux

nouveaux courants politiques, sous une nouvelle entité après l'élection du nouveau Président de la République. Le projet initial a été complètement reconfiguré. Un fonds Franco-Qatarien de 300 millions géré par la Caisse des Dépôts et Consignations dont 150 millions fournis par Qatar Holding a été institué. Ce fonds n'est plus limité aux banlieues défavorisées mais va concerner également les territoires déshérités, les zones rurales, les régions et les PME.

Certains invitent donc à relativiser la montée en puissance des Qataris et évoquent l'arrivée d'un nouvel acteur qui s'intéresse à des valeurs et à des symboles de l'économie de notre pays. Fabien Piliu considère que « il y a des symboles très forts comme le Paris Saint-Germain ou quelques hôtels de luxe, mais qu'il est nécessaire de tout remettre dans son contexte. En 2014, il n'y a eu qu'un seul projet Qatari enregistré par Business France. Au regard des centaines d'investissements étrangers qui ont eu lieu en France, c'est donc un épiphénomène. En 2013, il y en avait 2 et en 2012 »¹⁸¹.

Il s'avère que dans les relations entre le Qatar et la France, du fait d'aspects historiques et culturels, le rôle du politique relatif aux investissements a une importance plus que notable. Les relations entre la France et le Qatar sont historiques. Le premier traité de coopération économique et financière entre les deux pays date de 1974, soit 3 ans après l'indépendance du Qatar. Cet indicatif temporel par rapport à la rapidité avec laquelle la relation France Qatar a eu lieu illustre du lien fort qui existe entre ces deux nations sur le plan de l'investissement. Sans énumérer la liste des accords franco-qataris qui ont renforcé les liens, il faut citer la coopération culturelle de 1977, une convention fiscale en 1990, et reprise en 2008, un arrêté sur l'enseignement supérieur et la recherche en 2010 et l'accord de coopération sur l'audiovisuel de 2012. La coopération franco-qatari concerne alors de nombreux domaines étendus. Agnès Levallois, Consultante spécialiste du Moyen-Orient, chargée de cours à l'ENA et Sciences Po Paris, précise que sous le gouvernement de Sarkozy, « les relations avec le Qatar ont été excellentes. Nicolas Sarkozy avait « investi » sur le Qatar, identifiant les opportunités potentielles avec ce petit pays riche grâce au gaz. Il y a eu un resserrement des relations entre les deux pays même si traditionnellement les relations ont toujours été bonnes. ». L'intérêt de la présidence Sarkozy pour l'émirat du Qatar s'est manifesté par la signature de la convention fiscale en février 2009 qui exonère les investissements qataris de toute fiscalité sur les droits de mutation, les plus-values, les dividendes et les impôts fonciers. Une première

¹⁸¹PILIU (F), « À qui appartient la France ? », FIRST, Juin 2015

convention fiscale datant de 1990 atteste de l'ancienneté des liens entre la France et le Qatar, lequel est un Etat tout récent. Cette première version a été réaménagée en 2008 pour octroyer des avantages considérables au Qatar sur le plan fiscal. La traduction de l'élan politique sur le plan fiscal et économique a permis d'accroître l'intérêt manifeste du Qatar pour la France au-delà de ses liens historiques importants, en matière de défense, 80% de leur armement est français, cela a favorisé les investissements du Qatar en France. Agnès Levallois précise ne pas être certaine « que s'il n'y avait pas eu une renégociation de la convention fiscale, les investissements engagés par le Qatar en France auraient été aussi conséquents ». Le Qatar souhaite investir le plus possible, et pas uniquement en France. Les Qatariens veulent absolument préparer l'avenir et sont bien conscients que la richesse sur laquelle ils sont assis (le Qatar est le 3ème pays producteur d'hydrocarbures du Moyen-Orient) va se tarir dans les quinze années à venir. Ils se trouvent devant l'impératif de préparer la période post-pétrolière en anticipant les futures sources de richesses pour le pays.

Aujourd'hui, le Qatar, qui est un tout petit pays, manifeste la volonté très claire de s'imposer et d'exister sur la carte du monde et c'est l'obsession de ses dirigeants. Le Qatar aspire à une forme de reconnaissance car d'un point de vue géopolitique, cet Etat est complètement coincé entre deux géants qui sont l'Iran et l'Arabie Saoudite et n'existait donc pas en tant que tel. Du jour où il a commencé à disposer de gaz et d'argent, le Qatar s'est demandé comment faire afin d'exister et d'être reconnu sans que tous les regards se tournent systématiquement vers l'Arabie Saoudite. Cet élément fut déterminant dans la stratégie de développement du Qatar et explique leur volonté de faire des coups d'éclat pour que le monde parle d'eux. Leur stratégie s'avère payante quelque soit les points de vue du fait qu'ils acquièrent parts et investissements dans des groupes fondamentaux en Europe et notamment en France. Ce pays du Golfe persique est lancé dans une logique d'investissement pour l'avenir afin de préparer l'après-gaz en attendant des retours sur investissement tout en visant des domaines porteurs. Malgré le lien fort existant entre la France et le Qatar, l'Hexagone ne représente que 11% de leurs investissements, le Qatar investit beaucoup plus en Grande Bretagne (29%). Les investissements en Allemagne culminent à 16%, dont 17% dans Volkswagen, et s'élèvent à 9% en Malaisie. »

Sur le plan comparé et proche européen, en Allemagne et en Grande-Bretagne, les investissements du Qatar ne suscitent pas la même réaction qu'en France. Il est vrai qu'aujourd'hui, le Qatar investi dans des fleurons de l'économie française mais aussi dans des

entreprises importantes pour le devenir de l'économie afin de préparer l'après-gaz, il s'agit donc là d'une vraie stratégie industrielle à long terme. Le Qatar investit en France surtout dans l'industrie et la production mais pour assurer une visibilité médiatique à leur pays, et faire savoir au monde entier que le pays est sur la voie de la modernisation, ils investissent aussi dans des secteurs à forte exposition : tourisme, sport, culture... Les investisseurs étrangers plébiscitent plusieurs atouts majeurs de la France. Tout d'abord, la stabilité politique. La qualité des infrastructures et des réseaux de transports joue également un rôle attractif. A cela s'ajoute la qualité de la formation qui reste très importante et offre un véritable vivier de chercheurs pour les investisseurs qui arrivent. La France étant l'un des pays qui possède le plus de leaders mondiaux, la position géographique joue aussi un rôle essentiel. Ceci étant, selon les réponses de certaines enquêtes sur l'attractivité du pays, la France présente également des défauts comme l'instabilité fiscale et réglementaire.

Le Qatar organise régulièrement un forum d'affaires franco qatarien, orchestré par Medef international et la Chambre de commerce du Qatar avec pour cible trois secteurs prioritaires : l'énergie, le Mondial de football 2022 et les Technologies de l'information et de la communication, explicite le Député du Loir-et-Cher. Un fonds d'investissement franco-qatari de 10 milliards a été mis en place en 2012 en direction des petites et moyennes entreprises françaises. » La stratégie d'influence internationale du Qatar est connue et il a fort à faire pour tenir son rang dans un Moyen-Orient en crise. En Angleterre, où les investissements qataris représentent 35 % des investissements, les Anglais se réjouissent de cet apport qui est considéré comme une bouffée d'oxygène bienvenue. En France, c'est majoritairement l'inverse.

Sur le plan culturel, les relations personnelles jouent un rôle très important dans les pays arabes. Agnès Levallois affirme que « lorsque l'un de nos dirigeants se rend au Qatar quelques heures en espérant signer, c'est un non-sens : il faut créer la relation, l'entretenir et la soigner ». Il faut évidemment prendre en compte la balance commerciale avec le Qatar est excédentaire de 814 millions d'euros en 2017. La dimension politique est moins affirmée aujourd'hui qu'elle ne l'était du temps de Sarkozy, le Président Hollande a pris le contrepied en misant sur les relations avec l'Arabie Saoudite, estimant que le marché saoudien était bien plus intéressant que le marché qatari (20 millions d'habitants d'un côté contre 2 millions de l'autre). Ceci étant, si le contrat portant sur les Rafale se signe, cela représentera une transaction très importante pour la France et signifiera que la relation perdure, en contre-

balançant les avantages liés à la démographie d'autre part.

Son altesse l'Emir Tamim a récemment recentré son intérêt sur les pays du CCG en termes politique, afin que le Qatar ne soit pas remis en question tous les jours par ses voisins en particulier l'Arabie Saoudite, notamment sur sa politique internationale indépendante. Sa position se veut beaucoup plus active au niveau régional. Enfin, l'organisation de la Coupe du monde de football en 2022 soulève de grandes enjeux, cela pourrait être, l'évènement de trop susceptible de faire de l'économie de l'Etat du Qatar, solide.

La visite d'Emmanuel Macron lors de son investiture fut l'occasion pour le chef de l'Etat de présider avec son homologue, le cheikh Tamim Ben Hamad Al-Thani, une « *réunion pour la coopération bilatérale en matière de lutte contre le terrorisme, le financement du terrorisme et la radicalisation* » d'une part, et d'autre part renforcer la relation économiques entre les pays . Une réunion durant laquelle le président français n'a pas manqué de rappeler que « *la lutte contre le financement du terrorisme doit être la priorité* ». Ainsi, cette coopération entre les deux pays doit à terme permettre d'établir « *pays par pays des listes de structures que nous pensons liées au terrorisme* », a déclaré le chef de l'Etat jeudi, tout en ajoutant : « *Et je le fais aussi pour toutes les structures en France dont j'ai la connaissance et qui pourraient être liées à ces activités.* » La relation entre la France et le Qatar repose notamment sur un accord de défense passé en 1994, qui prévoit une assistance mutuelle en cas d'agression. Cette relation avait pris un tournant nouveau sous la présidence de Nicolas Sarkozy (2007-2012). Le positionnement pro-qatari de ce dernier avait notamment ouvert à la France des commandes industrielles, ainsi, en mai 2007, quatre-vingts A350, un avion long-courrier d'Airbus, avaient été achetés par le Qatar. L'ancien président socialiste ayant préféré se rapprocher de l'Arabie saoudite. Aujourd'hui, Emmanuel Macron joue donc un rôle de médiation dans le conflit qui oppose l'Arabie saoudite au Qatar, et souhaite « *montrer que la France ne choisit pas un camp contre un autre* ». A travers cette phrase, M. Macron tente également d'apaiser les réactions qui ont surgi en Iran (qui soutient le Qatar) après sa visite en Arabie saoudite.

Ces dernières années et pour des raisons différentes dans les deux cas, le climat des affaires en France et au Qatar est en enjeux et ces deux économies doivent faire face à un certain nombre de risques et de menaces. Dans le cas du Qatar, la baisse des prix des hydrocarbures tend à réduire le potentiel d'une croissance encore largement fondée sur les exportations de pétrole

et de gaz. Renforcée par les crises et instabilités géopolitiques régionales, cette baisse affaiblit les investissements tant publics que privés et les finances publiques, mais le Qatar selon les analyses économiques, a trouvé des solutions de gestion des risques issu du blocus. Pour la France, la crise économique et financière de la zone euro pèse sur la croissance non seulement parce qu'elle réduit le potentiel de croissance de la région mais aussi parce qu'elle réduit la compétitivité de l'économie française quand les principaux partenaires de ce pays, encore plus affectés par la crise ont restauré la leur. La croissance française est faible dans un contexte où des finances publiques dégradées limitent les marges de manœuvre des pouvoirs publics et où les entreprises hésitent à investir face à une situation économique qui reste incertaine.

la Qatar National Vision 2030 (NV2030) a été lancée en 2008¹⁸². Elle définit plusieurs objectifs économiques et sociaux à long terme dont l'accompagnement du développement économique et d'un niveau de vie élevé pour les générations futures. Elle est un fil conducteur de long terme permettant de créer des cadres de politique économique et sociale spécifiques. Elle inclut cinq objectifs clés dont la modernisation et la préservation des traditions; la bonne combinaison des besoins des générations actuelles et futures; une croissance gérable et un développement contrôlable; la quantité et la qualité de la main-d'œuvre; une croissance économique, un développement social et une gestion de l'environnement cohérents. Elle s'articule autour de 4 piliers :

- le développement humain avec la mise en place de systèmes d'enseignement et de santé de renommée mondiale, d'un financement efficace de la recherche-développement afin de disposer d'une main-d'œuvre compétente et motivée (augmentation et diversification de la main-d'œuvre du Qatar et participation ciblée de la main-d'œuvre expatriée) ;
- le développement social avec la mise en place d'une protection sociale efficace pour tous les qataris, l'évolution des structures de la société et une coopération internationale afin d'intensifier les échanges culturels aux niveaux régional et mondial mais aussi d'encourager le dialogue et la cohabitation entre les différentes civilisations, cultures et religions afin de contribuer à la paix et à la sécurité internationales ;
- le développement économique s'entend comme la bonne gestion de l'économie en préférant des taux de croissance économique raisonnables permettant la stabilité économique, une politique financière saine, un climat des affaires favorable fondé sur

¹⁸²Qatar National Vision 2030, General Secretariat For Development Planning, Juillet 2008

une coordination avec les États membres du Conseil de coopération du Golfe et avec les organisations économiques arabes et régionales. Cela passe également par une exploitation responsable du pétrole et du gaz (utilisation optimale des ressources, promotion de l'innovation dans le domaine des technologies de pointe destinées à la gestion du secteur du pétrole et du gaz, plein développement de l'industrie du gaz et maintien à long terme de réserves stratégiques de pétrole et de gaz) et une diversification de l'économie ;

- le développement environnemental avec la recherche d'un équilibre entre les besoins de développement et la protection de l'environnement ;

Pour aboutir à cela, la Qatar National Vision identifie deux grands défis : le développement du secteur privé accompagné par des aides aux entreprises installées dans le pays et la mise en œuvre de politiques publiques qui répondent aux besoins de développement du Qatar.

Conclusion du titre 2

L'importance de la relation franco-qatari devra être illustrée dans l'intégration de la France dans ce projet de grande envergure afin que l'économie française tire profit de l'essor envisagé par le Qatar. De plus, du fait des tensions existantes tant sur le plan sécuritaire et politique, que du mouvement engagé par le Président Macron.

Deuxième Partie : La protection des investissements France-Qatar

Lorsque deux États conviennent de promouvoir et de protéger réciproquement les investissements de leurs ressortissants, on se retrouve en présence d'un principe qui est sans doute respectueux de l'égalité souveraine des États. Mais, objecte-t-on fréquemment, cette réciprocité diplomatique est formelle ; dans la pratique, les droits reconnus sont destinés à bénéficier au seul pays exportateur de capital et à ses ressortissants.

La réciprocité des traités entraîne des effets juridiques dont les bénéficiaires seront essentiellement des investisseurs du pays exportateur de capital ; tel est le cas, sans doute, des clauses d'expropriation et de nationalisation. La protection des investisseurs est également, même si c'est à un degré moindre, par les clauses contractuelles figurant dans les contrats d'États. En effet, le droit est considéré comme le principal outil de protection des investissements France-Qatar. (Titre 1). Cette protection bénéficie aussi bien aux investisseurs étrangers qu'à l'État d'accueil.

Cependant, le contrôle et la sanction de cette protection des investissements France-Qatar doivent occuper une place prépondérante dans le droit international pour être efficace. Dès lors, nous verrons qu'il existe plusieurs instruments permettant d'assurer le respect de cette protection (Titre 2).

Titre 1 - Le droit comme outil de protection des investissements France-Qatar

D'une façon générale, la caractéristique la plus évidente de la relation juridique qui se noue entre un investisseur et l'État sur le territoire duquel il réalise son investissement est l'hétérogénéité des statuts des parties. Dans une telle hypothèse se trouvent souvent en présence d'une part le sujet d'un ordre juridique (une personne morale de droit privé la plupart du temps), et d'autre part un sujet de l'ordre juridique international, souverain de l'ordre juridique dans lequel vient s'inscrire l'opération économique projetée. Cette hétérogénéité entre ces deux parties est essentielle en ce qu'elle influence la nature de leurs relations : la relation entre un investisseur et l'État sur le territoire duquel il réalise son investissement n'est pas, a priori, une relation d'égal à égal. La présomption d'égalité sur laquelle s'érige de nombreuses branches du droit, au premier rang duquel le droit des contrats, ne s'impose pas à l'évidence dans cette relation. À cet égard, la souveraineté de l'État ne peut être analysée comme un contrepoids à sa compétence technique parfois moindre que celle de l'investisseur Qatar.

Dans un souci permanent d'assurer l'harmonisation social et la sécurité juridique, lorsque le droit s'immisce dans ce type de relations déséquilibrées, son but est précisément de rétablir la balance d'égalité. Il n'y a donc rien de surprenant, de voir dans une relation déséquilibrée des outils ou mécanismes juridiques destinées à corriger l'inégalité originelle. C'est pour cela que la protection des investisseurs étrangers doit être le principal facteur à considérer en vue de promouvoir les investissements France-Qatar. Nous verrons qu'une protection initialement des investisseurs est prévue par l'accord France-Qatar (**Chapitre 2**). La nécessité d'une telle protection ne fait aucun doute (**Chapitre 1**).

Chapitre 1 - La nécessité d'une protection efficace

Une opération d'investissement crée une situation de fait qui peut durer plusieurs années. Une telle opération comprend divers actes juridiques qui doivent conserver une certaine permanence, ou dont l'exécution se prolonge dans le temps. Le facteur temps joue donc un rôle essentiel qui doit être pris en considération lors d'un investissement. Ainsi, durant ces longues années, l'investisseur et l'État d'accueil seront liés tant économiquement que juridiquement.

Ainsi, la stabilité économique, juridique et surtout politique de l'État d'accueil est un élément essentiel de sécurité pour l'investisseur.

De la même manière, tout État, en particulier l'État d'accueil, doit disposer d'une marge de manœuvre, qui lui permet de faire évoluer son droit en vue de son adaptation à des conditions changeantes¹⁸³. De plus, une opération d'investissement étant avant tout une opération contractuelle entre l'investisseur et l'État d'accueil, le consentement de ce dernier ne doit pas être induit en erreur, au même titre que tout autre contractant.

C'est pourquoi le droit international prévoit d'une part une protection des engagements des parties (**Section 1**) et également une protection relative en faveur de l'État d'accueil (**Section 2**).

¹⁸³ DO NASCIMENTO E SILVA (G.), « Le facteur temps et les traités », *RCADI*, vol. 154, 1977-1, p. 215-98 ; TAVERNIER (P.), *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public*, Paris, LGDJ, 1970, p. 1 et suiv.

Section 1 - La protection des engagements des parties

Il convient de distinguer en matière d'investissements internationaux deux types d'engagements. D'une part, l'engagement unilatéral de l'État d'accueil matérialisé dans la pratique par un traité bilatéral, dont l'objet principal est la protection des investisseurs étrangers contre les atteintes expressément prévues par ledit traité (§1) et d'autre part, l'engagement contractuel matérialisé dans le contrat d'État, entre l'État d'accueil et l'investisseur étranger.

§1 - L'engagement unilatéral de l'État d'accueil : une protection pour l'investisseur

Le principe de la souveraineté des États implique que chaque État est libre d'accepter ou non la constitution d'investissements étrangers sur son territoire. D'ailleurs, ce principe universel reconnu figure dans plusieurs textes internationaux tels que la convention de Séoul de 1985 constitutive de l'AMGI stipulant que les investissements internationaux ne seront éligibles à l'octroi de la garantie de l'Agence que pour autant qu'ils auront été constitués en « conformité avec les lois et règlements du pays hôte »¹⁸⁴. Cependant, sur le plan régional tel que l'Union européenne, c'est la situation inverse qui prévaut généralement notamment lors d'une constitution d'une intégration économique régionale.

De manière généralement, on retrouve dans les lois nationales des dispositions destinées à réglementer les investissements étrangers. Cependant, ces dispositions nationales ne sont pas un gage de protection suffisant pour attirer les investisseurs. Ainsi, la plupart des États ont adopté des traités internationaux, principalement bilatéraux, en vue de promouvoir l'investissement en les octroyant une véritable protection sur le plan international. C'est en effet, l'instrument privilégié du développement du droit international de l'investissement¹⁸⁵. Pour promouvoir l'investissement étranger, il est essentiel pour les potentiels investisseurs de se sentir suffisamment protégés tant sur le plan juridique qu'économique pour les inciter à investir dans un pays donné. C'est pour cette raison que les traités bilatéraux contiennent des engagements unilatéraux des États contractants en faveur des investisseurs ressortissants des États contractants. Il s'agit ici de la protection contre certains comportements expressément

¹⁸⁴ Art. 12, d, ii de la convention de Séoul de 1985.

¹⁸⁵ V. *JCl. Droit international*, fasc. n° 572-50.

prévus par les traités bilatéraux tels que la discrimination, l'expropriation mais également de prévoir conventionnellement que l'État devra respecter à l'égard de l'investisseur des obligations qui sont indéterminées et extérieures au régime conventionnel qui porte la clause.

En effet, en l'absence de tels engagements unilatéraux, l'investisseur ne peut se prévaloir du droit international en cas de violation de ses obligations. D'ailleurs, les tribunaux arbitraux rappellent constamment que la violation d'un contrat conclu entre un État et un investisseur étranger ne constitue pas en elle-même une violation du droit international¹⁸⁶. Ainsi, seul une atteinte aux engagements matérialisés soit dans le traité international soit dans le contrat d'État peut justifier une violation du droit international. De plus, pour accroître davantage cette protection, certains traités internationaux prévoient également une clause de respect des engagements.

A. L'absence de la clause parapluie dans l'accord France-Qatar

La clause de respect des engagements est apparue avec le premier traité bilatéral d'investissement conclu entre l'Allemagne et le Pakistan en 1959¹⁸⁷. À partir de là, la clause a intégré le droit positif international. Elle fut ensuite reprise dans plusieurs conventions postérieures. Elle peut être désignée sous de multiples appellations. Les plus courantes sont la clause parapluie, en anglais la « umbrella clause », la clause miroir, la clause ascenseur, la clause de couverture ou la clause de protection parallèle¹⁸⁸.

Cependant, depuis ces dernières décennies, certains pays à l'instar des États-Unis, l'Australie, le Canada, la Hongrie ou la Norvège soit renoncent soit admettent des dérogations à la cette de respect des engagements en raison des obligations indéterminables qu'elle fait peser sur les États d'accueil¹⁸⁹. La clause figure dans environ 40% des traités bilatéraux d'investissement en

¹⁸⁶ T. CIRDI, 21 juin 2011, aff. n° ARB/07/17, *Impregilo S.p.A. c/ Argentine*, spéc. § 177, *JDI* 2012, chron. 2, p. 263, spéc. 345.

¹⁸⁷ CARREAU (D.), « Investissement », *Rép. dr. int.*, 2017, n° 336.

¹⁸⁸ CAZALA (J.), « Investissements internationaux », *JCL droit international*, 2017, n° 57.

¹⁸⁹ OCDE, *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*, Paris, 2006 ; *International Investment Law : Understanding Concepts and Tracking Innovations*, 2008.

vigueur¹⁹⁰. D'ailleurs, on constate que les traités conclus ces dernières années ne contiennent plus cette clause du fait de la méfiance des États à son égard¹⁹¹.

Les clauses parapluies peuvent prendre diverses formes, ce qui rend impossible toute généralisation quant à leur contenu et portée. Certaines visent toutes les obligations liant l'État d'accueil à l'investisseur étranger, ce qui désigne expressément les engagements unilatéraux des États contractants, d'autres visent seulement les obligations de nature conventionnelle, c'est-à-dire les contrats d'États. Dans ce dernier cas, l'État d'accueil protège uniquement les droits contractuels de l'investisseur étranger. De ce fait, sont ainsi clairement incluses non seulement les violations contractuelles *stricto sensu*, mais aussi les mesures unilatérales « équivalentes »¹⁹².

Toutefois, même lorsque la clause parapluie ne vise pas expressément les contrats conclus entre l'État et l'investisseur, la majorité des tribunaux arbitraux s'accorde à reconnaître cet effet. Les tribunaux justifient cette extension par la formule employée par les traités notamment « *any obligation [a party] may have entered into with regard to investments* », en jugeant qu'il est fait clairement référence aux engagements contractuels de l'État à l'égard de l'investisseur¹⁹³.

Or, il est fortement regrettable de constater que l'accord France-Qatar ne contient, a priori, aucune clause de respect des engagements. Certes, l'accord dispose que chacune des parties contractantes s'engage à assurer aux investissements des investisseurs de l'autre partie un certain nombre de traitement bien spécifique sans pour autant généraliser cette garantie. En effet, une clause parapluie garantie non seulement contre les atteintes des dispositions du traité bilatéral en question mais surtout assure aux investisseurs le respect de toute obligation prise par les États contractants. À titre d'exemple, le modèle américain de TBI dans sa version de 1983 prévoit que « *each Party shall observe any obligation it may have entered into with*

¹⁹⁰ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006 : Trends in Investments Rulemaking*, 2007, Genève, p. 73.

¹⁹¹ World Investment Report, 2016, p. 111 et *suiv.*

¹⁹² CARREAU (D.), « Investissement », *art. préc.*, n° 338 et n° 369.

¹⁹³ T. CIRDI, 12 oct. 2005, aff. n° ARB/01/11, *Noble Ventures Inc. c/ Roumanie*, spéc. § 52 : *JDI* 2006, chron. 2, p. 219, spéc. 333.

regard to investors or nationals or companies of the other party »¹⁹⁴. En l'absence de telle disposition dans l'accord France-Qatar, on ne peut que souhaiter son inclusion lors de l'adoption d'un nouveau traité bilatéral en vue de bénéficier de divers avantages d'une telle clause.

Outre sa fonction de protection, la clause de respect des engagements peut être aussi utilisée pour étendre la compétence du juge du traité aux rapports contractuels investisseurs – États¹⁹⁵. Ainsi, elle permettrait aux investisseurs d'échapper au mécanisme de règlement des différends prévu dans l'instrument de droit interne applicable à l'opération d'investissement. Une sentence de la CIRDI a clairement précisé que « *[c]es clauses ont pour effet de transformer les violations des engagements contractuels de l'État en violations de cette disposition du traité et, par là même, de donner compétence au tribunal arbitral mis en place en application du traité pour en connaître* »¹⁹⁶. Cependant, cette position semble ne fait pas l'unanimité. En effet, cela ne correspond pas à la lettre et à l'esprit de la clause de respect des engagements. Certains arbitres prétendent que cette clause ne permet pas de présenter devant le juge du traité une violation du contrat, mais qu'il convient de considérer que la violation du contrat entraîne une violation du traité. Ainsi, c'est cette violation du traité qui pourra être portée devant le juge du traité¹⁹⁷. La violation des obligations contractuelle de l'État d'accueil constitue un fait interne contraire à l'obligation internationale, conventionnellement acceptée, de respecter le droit interne. Dès lors, ce n'est pas le manquement contractuel qui aboutirait à un fait internationalement illicite mais bien l'atteinte à l'obligation internationale de respecter les engagements internes.

¹⁹⁴ Modèle de TBI des États-Unis d'Amérique, 21 janv. 1983, article II. 4.

¹⁹⁵ LEMAIRE (S.), « La mystérieuse « umbrella clause » : interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements », *Rev. arb.*, 2009, n° 3, spéc. p. 493.

¹⁹⁶ T. CIRDI, 27 déc. 2004, aff. n° ARB/03/08, *Consorzio groupement L.E.S.I. – DIPENTA c/ Algérie*, spéc. § 25.ii.

¹⁹⁷ T. CIRDI, 7 déc. 2011, aff. n° ARB/06/1, *Spyridon Roussalis c/ Roumanie*, spéc. § 781 : JDI 2012, chron. 2, p. 263.

B. Un champ d'application temporel étendu de l'accord France-Qatar

Les traités bilatéraux s'appliquent de manière générale aux investissements effectués à partir de la date de leur entrée en vigueur. Ainsi, les investissements effectués antérieurement ne bénéficient pas de la protection des traités bilatéraux.

Cependant, des traités prévoient leur application aux investissements antérieurs, mais à condition, fréquemment, soit que ces investissements aient obtenu l'agrément requis¹⁹⁸, soit qu'il s'agisse d'investissements effectués après l'entrée en vigueur d'une législation réglementant l'admission et le traitement d'investissements étrangers¹⁹⁹.

L'accord France-Qatar contient une disposition quant aux investissements effectués avant son entrée en vigueur. En effet, il prévoit dans son article premier l'application de ses dispositions aux investissements réalisés avant et après l'entrée en vigueur de l'accord sous réserve que lesdites investissements aient été réalisés conformément à la législation de l'État d'accueil. Cette disposition ne peut qu'être accueillées favorablement en raison de l'extension de la protection à un maximum d'investissement.

De même, la durée d'un traité bilatéral varie de 5 à 15 années. À l'expiration de la période mentionnée, il est prévu qu'elle peut être dénoncée par l'une ou l'autre Partie, avec un délai de préavis allant de trois mois à un an. En l'absence de dénonciation, il est maintenu en vigueur, soit par périodes renouvelables, soit de manière indéterminée jusqu'à sa dénonciation. La protection est donc limitée dans le temps, et ils sont sujets à l'épreuve de la pratique. L'accord France-Qatar a été initialement conclu pour une durée de 10 ans. Il est prévu qu'il reste en vigueur après de terme, à moins que l'une des parties ne le dénonce par la

¹⁹⁸ cf. Art. 12 de la Convention France-Maroc.

¹⁹⁹ Conv. Suisse-Indonésie, art. 7 : «(1) La présente Convention s'appliquera également aux investissements effectués sur le territoire d'une Partie Contractante conformément à sa législation par des ressortissants ou sociétés de l'autre Partie Contractante avant l'entrée en vigueur de la présente Convention, mais pas avant le 10 janvier 1967, date de l'entrée en vigueur de la "Loi indonésienne sur les investissements de capitaux étrangers, Loi N° 1 de 1967". (2) En ce qui concerne les investissements effectués avant le 10 janvier 1967, les droits de chaque Partie Contractante ne seront pas touchés par les dispositions de la présente Convention » ; dans le même sens, cf. p.ex. Conv. Allemagne-Sénégal, art. 9.

voie diplomatique après un préavis d'un an²⁰⁰. Dans l'optique d'encourager les investissements en rassurant les investisseurs, l'accord maintient sa protection aux investissements effectués pendant qu'il était en vigueur pendant une période supplémentaire de vingt ans après sa dénonciation²⁰¹.

§2 - L'engagement contractuel : une protection éventuelle de l'État d'accueil

En droit interne, l'État n'est pas considéré comme un contractant comme les autres, au même titre qu'une personne privée. Cependant, en droit international et ce, sur un plan juridique, son statut est assez proche de celui des personnes privées. Ainsi, un contrat est international en ce qu'il met en présence l'État et une personne privée étrangère, ou parce qu'il implique des mouvements de fonds ou de matériels ou encore de services par-dessus les frontières, il n'en reste pas moins un contrat, et c'est une évidence qu'il faut néanmoins rappeler, auquel un État est partie.

La spécificité du contrat d'État réside dans la possible intervention de l'État cocontractant dans la vie du contrat par l'adoption, en tant que puissance souveraine, de mesures d'intérêt général susceptibles d'affecter l'équilibre contractuel. Les clauses lui sont spécifiques car elles allient la nécessaire protection de l'investisseur privé étranger face à l'attitude arbitraire de l'État et le droit de l'État à adopter des mesures d'intérêt général dont il est le garant²⁰².

Dans un cadre d'un investissement, notamment international, une distinction de nature temporelle doit être faite. Ainsi, il faut distinguer la période précédente la décision étatique qui permettra la réalisation de l'investissement de la période postérieure au cours de laquelle l'investisseur réalise son investissement et l'exploite. Durant la première phase, l'objectif de l'investisseur est de convaincre l'État d'accueil d'accepter la réalisation de l'investissement

²⁰⁰ Art. 12 al. 2 de l'accord France-Qatar.

²⁰¹ *Id.*

²⁰² B. MONTEBAULT (B.), « La stabilisation des contrats d'État à travers l'exemple des contrats pétroliers. Le retour des dieux de l'Olympe ? », *RDAI*, n° 6, 2003, p. 593 et s. ; BERNARDINI (P.), « *Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments* », *J. World Energy L. & Bus.*, 2008, n° 98.

sur son territoire, et c'est alors l'accord de l'État qui est l'objet de la démarche de l'investisseur. Dans la seconde phase, l'objectif de l'investisseur est d'exploiter son investissement dans les meilleures conditions, notamment en minimisant les contraintes et les charges imposées par la règle d'ordre interne pesant sur cette exploitation.

Ainsi, lors de cette première phase, des obligations pèsent sur l'investisseur en vue de protéger l'État d'accueil. Ce sont principalement une obligation d'information préalable et une obligation de préservation du libre arbitre.

Le premier consiste en une protection de l'État en cas d'information préalable déficiente, la seconde en une protection de l'État en cas de manœuvres préalables illicites émanant de l'investisseur. Ce dernier se voit alors imposer une obligation de faire, fournir à l'État les informations nécessaires pour prendre sa décision, et une obligation de ne pas faire, s'abstenir, par son comportement, de priver l'État de la possibilité d'exercer son libre arbitre. Ces deux obligations destinées à assurer l'intégrité de l'engagement de l'État, s'inscrivent chronologiquement dans la phase préalable à la réalisation de l'investissement.

Toutefois un problème peut se poser dans le cas où la relation est de type contractuel, lorsque les relations des parties sont organisées dans une pluralité d'actes juridiques dont la conclusion s'échelonne dans le temps. Ainsi, il convient de s'interroger que la nature d'un acte, survenant après la conclusion d'un premier accord et visant à influencer le comportement de l'État relativement à la conclusion d'un second accord, sera-t-il de nature contractuelle ou précontractuelle ? La réponse ne peut être fournie qu'à la lecture du premier accord conclu, si celui-ci est l'accord de base et s'il prévoit l'ensemble des obligations des parties, les agissements de l'investisseur visant soit à minimiser les obligations qu'il a souscrites, soit à forcer à la conclusion d'un accord dont les termes ont été rendus obsolètes par l'évolution de la conjoncture pourront engager sa responsabilité contractuelle. Si tel n'est pas le cas, en particulier si les accords sont suffisamment indépendants les uns des autres, les agissements de l'investisseur relativement à la formation de l'un de ces accords engageront sa responsabilité précontractuelle.

La mise à la charge de l'investisseur étranger d'une obligation d'information en faveur de l'État récepteur d'investissements, dans le cadre des rapports Nord/Sud, d'inspiration doctrinale, est une idée relativement récente qui se présente de la façon suivante : « *On sait*

qu'un des principes clés de l'interprétation des contrats internationaux repose sur l'idée que les cocontractants sont des professionnels avertis, de force sensiblement égale et donc aptes à insérer dans leurs contrats les clauses correspondant à leurs besoins. Or un des points toujours soulignés par les pays en développement est la fragilité de cette présomption en ce qui les concerne, fragilité d'autant plus grande que le contrat en cause serait non un contrat d'échange, mais un contrat d'industrialisation ou de transfert de technologie. On devrait donc admettre un renversement de présomption d'égalité entre partenaires et interpréter le contrat en partant de l'hypothèse de l'inégalité des contractants. On pourrait, par exemple, envisager (...) qu'il existe une obligation d'information à la charge de l'entreprise du pays industrialisé qui se rapprocherait des obligations que la jurisprudence tend à mettre à la charge des fabricants et des professionnels dans leurs rapports avec les consommateurs. Il ne s'agit que d'une obligation d'information renforcée qui répond bien d'ailleurs à la notion de bonne foi si souvent invoquée par les arbitres au soutien de telle ou telle interprétation. Elle consiste à éliminer du jeu contractuel la vieille distinction bonus dolus et malus dolus. Si des contrats de technologie étaient conclus sans que l'attention de l'acquéreur ait été attirée sur tel inconvénient (inadaptation) ou sur telle difficulté d'entretien ou d'usage, on devrait supposer par interprétation du contrat (obligation d'informer) que le cédant n'a pas eu le comportement adéquat »²⁰³.

Découlant de la bonne foi, fondée sur l'inégalité des parties et inspirée de l'obligation d'information souvent mise à la charge du professionnel commerçant dans les législations internes en vue de protéger le consommateur profane, une obligation d'information préalable en faveur de la partie étatique dont l'engagement est sollicité pourrait ainsi être mise à la charge des investisseurs. L'auteur cité insiste d'ailleurs sur l'emploi du conditionnel en la matière, car, précise-t-il, il présente une obligation qui n'est, à l'époque où il l'a formulée, que théorique dans la mesure où elle ne se dégage pas des sentences connues.

Or l'analyse du contenu des sentences arbitrales qui ont été rendues amène à se demander si une telle obligation *de lege ferenda* n'est pas devenu *lex lata* régissant désormais les relations entre États et investisseurs étrangers. L'examen de ces sentences s'impose alors, tant pour les

²⁰³ KHAN (P.), « L'interprétation des contrats internationaux », *JDI*, 1981, p. 5 et s., spéc. p. 25 et *suiv.* V. également FOUCHARD (Ph.), « Les travaux de la Cnudci et le nouvel ordre économique international », in *La formation des normes en droit international du développement*, table ronde franco-maghrébine, le 7 et 8 octobre 1982, CRESM, Paris/Alger, CNRS/OPU, 1984, p.216.

mettre en lumière le régime de l'obligation qui seraient ainsi à la charge des investisseurs que pour en apprécier les limites²⁰⁴.

L'existence d'une telle obligation a été énoncée la première fois de façon péremptoire dans différentes affaires dont il est possible de s'interroger sur la transposition aux relations France-Qatar.

Tout d'abord peut être évoquée la sentence *Klöckner c. Cameroun* (ARB/81/2) : « *Klöckner était dans une obligation particulièrement forte de tenir le Cameroun informé de tout fait susceptible d'influencer de façon cruciale la décision du gouvernement de procéder et continuer à procéder aux engagements financiers très onéreux que Klöckner cherche maintenant à faire valoir* »²⁰⁵.

Si l'obligation d'informer le Cameroun de tout fait susceptible d'influencer sa décision de "continuer à procéder aux engagements" qu'il avait souscrits s'analyse clairement comme une obligation contractuelle, l'obligation de l'informer "de tout fait susceptible d'influencer sa décision de procéder" à ces engagements ne peut-être qu'une obligation précontractuelle, nécessairement préalable à la prise de décision. La nature préalable de l'obligation ainsi présentée correspond d'ailleurs à la volonté du Cameroun à l'époque de placer le différend également sur le terrain de la formation du contrat.

Dans l'affaire *Atlantic Triton c/ Guinée* (ABR/84/1), l'État défendeur s'est également placé dans la phase pré-investissement lorsqu'il a attiré l'attention du tribunal sur le comportement de l'investisseur en soutenant « *qu'Atlantic Triton, concepteur du projet (de développement de la pêche dans les eaux guinéennes) aurait commis une erreur dans le choix des navires qui n'étaient pas adaptés à l'usage auquel les parties les destinaient* »²⁰⁶.

²⁰⁴ L'existence de l'obligation réciproque consistant à « pour l'État ou ses agents, informer son cocontractant des particularités du système applicable à l'administration locale » a également été mise en avant ; V. KHAN (Ph.), « Souveraineté de l'État et règlement du litige. Régime juridique du contrat d'État », *art. préc.*, n. 1096, p. 651.

²⁰⁵ Sentence du 21 octobre 1983, § V.A.

²⁰⁶ Sentence du 14 avril 1986, § 3.1.1.

Il est alors envisageable de transposer ces solutions aux relations France-Qatar, mais surtout il paraît essentiel de s'interroger sur l'étendue de l'obligation d'information.

L'étendue d'une obligation d'informer se mesure à son objet, c'est à dire à la nature des informations qui doivent être fournies. Le droit français distingue en la matière entre obligation de renseignement et obligation de conseil. Alors que le renseignement est exclusif de tout avis et n'est pas destiné à orienter la décision du partenaire (fourniture d'informations objectives), le conseil comporte un jugement de valeur, il doit indiquer à l'autre partie les conséquences du contrat envisagé pour mettre l'opportunité qu'il y a à le conclure²⁰⁷. Aucune des deux sentences du CIRCI mentionnées n'ayant explicitement opté pour l'une ou l'autre des obligations, la sentence rendue dans l'affaire n°5030 (1992) sous l'égide de la CCI (différend opposant un État Africain à une entreprise Allemande), prévoit de se baser sur alternativement deux critères pour déterminer l'étendue de l'information. D'une part, un critère objectif (empruntée au droit français pour poursuivre l'analogie commencée) c'est-à-dire l'inégalité des forces des parties lors des négociations liée à la complexité de l'opération projetée et, d'autre part, un critère subjectif, (l'ampleur de l'information attendue par la partie étatique) qu'il faut recourir pour déterminer l'intensité de l'obligation envisagée²⁰⁸.

L'obligation d'information se rapproche davantage de l'obligation de conseil que d'une obligation de renseignement lorsque les parties en présence ne sont pas sur un pied d'égalité ou n'ont pas le même niveau de connaissance relativement à l'opération projetée. Ainsi, la complexité de la prestation ou du bien en cause commande dans certains droits internes que l'obligation d'information se transforme en une obligation de conseil. Il en est ainsi lorsque sont en présence un professionnel de la branche d'activité considérée et un profane en la matière. Les sentences précitées présument ou consacrent la qualité de professionnel de l'opérateur étranger²⁰⁹, mais divergent sur l'appréciation de l'aptitude de l'État, à l'instar de la doctrine sur le sujet²¹⁰.

²⁰⁷ GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1988, n° 456 et s. ; C'est cette distinction, et non celle fondée sur la chronologie distinguant l'obligation précontractuelle de renseignement de l'obligation contractuelle de conseil

²⁰⁸ La complexité de la prestation ou du bien en cause commande dans certains droits internes que l'obligation d'information se transforme en une obligation de conseil.

²⁰⁹ Les arbitres dans la sentence *Atlantic Triton*, relèvent en effet que l'investisseur s'est lui-même « présenté comme un professionnel spécialiste de la pêche en eaux tropicales ».

²¹⁰ Le courant majoritaire, se fondant sur l'infériorité technologique ou économique de l'État en voie de développement récepteur d'investissement par rapport à l'investisseur

Section 2 - Une protection relative de l'État d'accueil

Même si c'est l'investisseur étranger qui est principalement concerné par la protection octroyée par le droit international, l'État d'accueil n'est toutefois pas totalement dépourvu de toute protection. En effet, nous verrons qu'il peut au titre des intérêts publics et économiques justifier l'atteinte porter à ses obligations envers les investisseurs étrangers (§1). Par ailleurs, il bénéficie également d'une protection de son consentement en cas d'erreur (§2).

§1 - La protection des intérêts publics et économiques de l'État d'accueil

La poursuite d'un intérêt public par l'État qui porte atteinte au contrat peut dans certains cas faire disparaître l'illicéité de son action au regard du droit international. D'ailleurs, certains États prévoient dans les traités bilatéraux auxquels ils sont partis une telle clause exonératoire. Ainsi, l'article 1§ 6 du traité bilatéral de protection des investissements du 15 nov. 2002, France/Mozambique, dispose que « *Nulle disposition du présent accord n'est interprétée comme interdisant à l'une des Parties contractantes de prendre une mesure quelconque pour réguler l'investissement des sociétés étrangères et les conditions d'activité de ces sociétés dans le cadre de politiques conçues pour préserver et promouvoir la diversité culturelle et linguistique* ».

D'autres clauses sont rédigées dans des termes plus généraux pour admettre la poursuite d'un intérêt public comme cause exonératoire, telle que l'article XI du modèle de traité passé par les États-Unis : « *This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security or the protection of its own essential security interests* »²¹¹.

Toutefois, cet intérêt public doit être réel et démontré comme l'explique les arbitres « *a treaty requirement for "public interest" requires some genuine interest of the public. If mere reference to "public interest" can magically put such interest into existence and therefore satisfy this requirement, then this requirement would be rendered meaningless since the*

²¹¹ BERLIN (D.), « Contrats d'État », *Rép. dr. int.*, 2014, n° 168.

tribunal can imagine no situation where this requirement would not have been met »²¹².

Cette cause d'irresponsabilité suscite cependant des interrogations. En effet, il est ici permis à l'État d'invoquer ses propres mesures comme cause exonératoire de sa responsabilité envers son cocontractant. Ainsi, l'atteinte illicite portée par l'État aux dispositions contractuelles est justifiée par des raisons d'intérêt public. Dès lors, la reconnaissance et le contrôle du caractère d'intérêt public d'une mesure revête d'une importance majeure. Il convient de se demander si l'État en cause peut attribuer lui-même le caractère d'intérêt public à sa propre mesure de sorte à lui faire échapper à ses responsabilités ?

Certains arbitres se sont reconnus cette faculté en exerçant un contrôle sur le caractère d'ordre public poursuivi par la mesure litigieuse²¹³. Une fois la compétence de l'arbitre reconnue, il convient de s'interroger sur les critères que doivent comporter une mesure poursuivant un intérêt public pour exonérer l'État de sa responsabilité contractuelle.

Il semble que cette question relève d'une appréciation tant *in concreto*, c'est-à-dire au cas par cas, que *in abstracto* notamment en fonction du libellé de la clause du traité réservant la question de l'intérêt public protégé. L'analyse de certaines sentences fait ressortir des éléments de réponse. Ainsi, pour être exonératoire de responsabilité, il faut que la mesure soit prise dans l'intérêt général et non discriminatoire²¹⁴.

La sentence CIRDI du 8 oct. 2009²¹⁵ souligne que la mesure « *although possibly aiming as*

²¹² § 432 de la sentence CIRDI du 2 oct. 2006, aff. no ARB/03/16, *ADC Affiliate Limited - and - ADC & ADMC Management Limited c/ République de Hongrie*,

²¹³ § 373 de la sentence du 17 juin 2003, aff. no ARB/01/8, *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic* ; GAZZINI, *Interpretation of (allegedly) Self-Judging Clauses in Bilateral Investment Treaties*, in FITZMAURICE, ELIAS et MERKOURIS [Ed.], *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties : 30 Years on*, 2010, Martijn Nijhoff, p. 239.

²¹⁴ § 341 de la sentence CIRDI du 21 juin 2011, aff. no ARB/07/17, *Impregilo S.p.A. c/ Argentine Republic* et sentence du 17 juin 2003, aff. no ARB/01/8, *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, § 375 : « The plain meaning of the Article is to provide a floor treatment for the investor in the context of the measures adopted in respect of the losses suffered in the emergency, not different from that applied to nationals or other foreigners. The Article ensures that any measures directed at offsetting or minimizing losses will be applied in a non-discriminatory manner ».

²¹⁵ Sentence de la CIRDI du 8 oct. 2009, aff. no ARB/05/13, *EDF [Services] Limited c/ Roumanie*.

*well toward a gradual alignment with the EU system, was certainly prompted by the need to fight corruption, as indicated by the Substantiation Note and as confirmed by the foregoing circumstances. [It] was therefore a measure falling within the police power of the State, taken in the public interest »²¹⁶. Cette affaire concernait une mesure législative qui portait atteinte aux investissements étrangers en modifiant considérablement le statut fiscal et douanier de plusieurs activités. Ainsi, des modifications législatives importantes ont été apportées aux activités de *duty free* dans les aéroports en vue de se conformer à la législation de l'Union européenne en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux.*

Se pose ainsi la question de savoir si une obligation imposée par le droit européen constitue à elle seule une cause exonératoire en cas de violation par l'État des obligations ?

Il apparaît qu'une réponse tranchée ne peut être apportée. Cette réponse varie en fonction des espèces. Une sentence rendue le 23 septembre 2010 par la CIRDI semble admettre qu'un État européen, en l'espèce la Hongrie, puisse justifier la violation de ses obligations en invoquant la nécessité de se conformer au droit européen²¹⁷. Ainsi, selon cette sentence, l'obligation en droit de l'Union européenne puisse constituer, au regard du droit international, une excuse permettant d'effacer la violation d'une obligation valablement souscrite par traité ou d'un contrat d'État.

Toutefois, une distinction doit être faite selon que le traité ait été conclu entre deux États européens ou entre un État européen et un État tiers. De manière générale, un État ne pourrait se retrancher derrière ses obligations internationales pour ne pas respecter les obligations découlant du droit européen. Ainsi, lorsque l'obligation internationale résulte d'un traité entre États membres, le principe de primauté du droit européen imposerait l'application dudit droit européen. Dans le cas inverse, lorsque l'obligation internationale émane d'un traité avec les États tiers, c'est à l'arbitre d'apprécier au cas par cas, étant donné qu'il n'y a aucun fondement juridique justifiant la violation du traité en raison du respect du droit de l'Union²¹⁸. Ainsi, il semble qu'une mesure ayant pour objectif la mise en conformité de la législation française

²¹⁶ §292 de la sentence la sentence CIRDI du 8 oct. 2009, dans l'aff. no ARB/05/13, *EDF [Services] Limited c/ Roumanie*.

²¹⁷ Sentence du 23 sept. 2010, aff. no ARB/07/22, *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary*.

²¹⁸ V. la sentence CIRDI du 16 déc. 2002, aff. no ARB(AF)99/1, *Marvin Feldman c/ Mexico*,

avec les obligations européennes ne peuvent justifier la violation des engagements pris en faveur des investisseurs étrangers qataris.

Outre la poursuite d'intérêts publics, une autre excuse que peut invoquer l'État en cas de violation de ses engagements est l'état de nécessité. Cette cause exonératoire a été reconnue dès 1997 par la cour internationale de justice dans son arrêt *Hongrie c/ Slovaquie*²¹⁹. La Cour « considère tout d'abord que l'état de nécessité constitue une cause, reconnue par le droit international coutumier, d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à une obligation internationale. Elle observe en outre que cette cause d'exclusion de l'illicéité ne saurait être admise qu'à titre exceptionnel ». Il convient cependant de souligner deux caractéristiques de cette excuse qui doit d'une part être exceptionnelle et d'autre part, relever du droit coutumier.

L'article 25.1 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de 2001 de la Commission du Droit international prévoit les conditions de la mise en œuvre de la clause de l'état de nécessité²²⁰. Ce texte considéré comme un *soft law* reflète l'état du droit coutumier. Ainsi, l'arbitre s'en inspire pour apprécier la responsabilité de l'État en cas de violation de ses engagements contractuels. Pour être admis comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales, le fait en cause doit d'une part, constituer pour l'État le seul moyen de protéger contre un péril grave et imminent et, d'autre part ne doit pas porter gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble. Les conditions posées par le texte sont très strictes et par conséquent sont très rarement réunies dans la pratique.

Il est néanmoins possible d'encadrer la mise en œuvre de l'état de nécessité comme cause d'exonératoire de responsabilité. En effet, il est admis que les traités puissent poser les conditions de son invocation. Ainsi, l'article 25.2 dispose qu'en tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'État comme cause d'exclusion de l'illicéité si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité ou si l'État a contribué à la survenance de cette situation. De ce fait, le texte laisse entendre que les traités puissent

²¹⁹ CIJ 25 sept. 1997, aff. *du projet Gabčíkovo-Nagymaros [Hongrie c/ Slovaquie]*, Rec. CIJ, p. 7.

²²⁰ PELLET (A.), « Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. suite - et fin ? », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 48, 2002, p. 1-23.

exclure et/ou encadrer explicitement cette possibilité d'exonération.

Il est toutefois permis de s'interroger sur la prétendue distinction entre le droit coutumier relatif à l'état de nécessité susceptible de légitimer une violation des engagements de l'État et les clauses des conventions bilatérales de protection des investissements relatives aux mesures de sauvegarde « nécessaires » qui, si les conditions sont réunies, rendent le traité inapplicable²²¹.

Une lecture stricte de cet article 25, fait clairement apparaître que les traités puissent dans certains cas interdire aux États d'invoquer l'état de nécessité alors que le droit coutumier le leur aurait permis. De la même manière, un traité peut explicitement prévoir les conditions de la mise en œuvre de cette excuse.

Une autre cause exonératoire unanimement acceptée en droit des obligations, à savoir la force majeure, peut également trouver application en droit des investissements étrangers. Pour exonérer l'État de sa responsabilité, il faut d'une part, que cet événement présente les caractères irrésistible, imprévisible et extérieur à celui qui l'invoque²²² et d'autre part que le contrat en cause soit toujours en vigueur²²³. Cependant, la force majeure ouvre droit à compensation pour l'investisseur.

§2 - La protection éventuelle du consentement de l'État d'accueil

²²¹ SCHILL (W.), *International Investment Law and the Host State's Power to Handle Economic Crises*, *Journ. of International Arbitration*, 2007/3, p. 265 ; § 129-134 de la décision du Comité *ad hoc* CMS II et § 119 s. de la décision du Comité *ad hoc* CCC ; V. égal. MARTIN, « Investment Disputes after Argentina's Economic Crisis : Interpreting BIT Non-precluded Measures and the Doctrine of Necessity under Customary International Law », *Journal of International Arbitration*, 2012/1, p. 49 ; ALVAREZ-JIMENEZ, « *Foreign Investment Protection and Regulatory Failures as States' Contribution to the State of Necessity under Customary International Law* », *Journal of International Arbitration* 2010/2, p. 141

²²² § 107-129 de la sentence CIRDI du 22 juin 2010 dans l'aff. no ARB/07/14, *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV c/ Republic of Kazakhstan*.

²²³ § 231 de la sentence du 13 mars 2009, aff. no ARB/05/14, *RSM Production Corporation c/ Grenada* confirmée par les § 103 et s. de la décision du comité *ad hoc* du 20 février 2013 dans la même affaire.

La notion d'erreur a été évoquée à de nombreuses reprises devant la Cour Internationale de Justice notamment pour permettre à un État, dont le consentement a été vicié, de se soustraire à son obligation. Elle a surgi, presque coup sur coup, dans l'affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles frontalières, celle de la sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne, puis dans les deux arrêts concernant l'affaire du Temple de Préah Vihéar²²⁴. Les nombreux commentaires suscités par ces décisions laissent place pour un examen d'ensemble du rôle que joue l'erreur en droit international. Aussi bien, longtemps pareille étude ne fut guère concevable.

L'erreur figure au nombre des vices du consentement qu'une partie de la doctrine érigea en principes généraux du droit applicables à la conclusion des traités²²⁵. Le principe même de la réception de l'erreur en droit international l'emporta assez facilement. Mais les partisans de la théorie lui assignaient un rôle extrêmement limité.

Les analyses les plus fouillées, celles de la Harvard Law School²²⁶ et de M. Vitta²²⁷, ne dégagèrent qu'un petit nombre de précédents, surtout limités à l'erreur dans l'établissement des frontières. La Cour Permanente de Justice Internationale devait à peine effleurer le problème dans l'affaire *Mavrommatis*. En sorte que l'erreur faisait avant tout figure « d'hypothèse d'école », ne permettant guère de discussions autres que théoriques. Et aujourd'hui encore la majorité des auteurs²²⁸ semble partager l'opinion commune aux trois

²²⁴ Affaire de la souveraineté sur certaines parcelles frontalières, Belgique, Pays-Bas, arrêt du 20 juin 1959, C.I.J., Recueil, p. 209 et s. ; Affaire de la sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906. Honduras, Nicaragua - arrêt du 18 novembre 1960, C.I.J., Recueil, p. 172 et s., v. p. 215. Affaire du Temple de Préah Vihéar, Cambodge-Thaïlande, arrêt du 26 mai 1961 (exceptions préliminaires), C.I.J., Recueil, p. 17, v. p. 30 - arrêt du 15 juin 1962 (fond), v. p. 26. Parmi les commentaires qui accompagnent ces décisions il faut signaler dès maintenant l'étude de M. M. R. SAULE sur l'arrêt du 20 juin 1959, Rivista di Diritto Internazionale, 1959, p. 607 et s.

²²⁵ V. notamment RIPEKX (G.) in « Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, 1933, II, p. 596.

²²⁶ Cf. également TOMSIC, *La reconstruction du droit international en matière de traités*, 1931, notamment p. 48 et s., et 60 et s.

²²⁷ VITTA (E.), *La validité des traités internationaux*, Leyde, 1940, on y trouvera, notamment p. 141, un recensement des opinions professées antérieurement auquel nous renvoyons, ainsi qu'à l'étude de la Harvard Law School.

²²⁸ V. cependant les développements consacrés à l'erreur par Mme BASTID, *Cours de droit international public*, 1962-1963. Les Cours de Droit, p. 197 et s., et par M. REUTER, « Principes de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de Droit international*, 1961, II, p. 541 et *Droit international public*, 2e éd., 1963, p. 42. Pour la doctrine dominante, v. les rapports à la Commission du Droit international des Nations Unies : Sir HERSCH LAUTERPACHT, *Annuaire de la Commission du Droit international*, 1953, texte français dans A/CN.4/63, art. 14, p. 212-215; Sir FITZMAURICE, 3e rapport sur le droit des traités, *Annuaire*, 1958, vol. II, art. 11-12-13, p. 25,

rapporteurs du droit des traités à la Commission du Droit International des Nations Unies que Sir Humphrey Waldock formule en ces termes : « Les risques d'erreurs sur des points de fond importants sont réduits au minimum »²²⁹.

Surtout, cette jurisprudence confirme l'invitation impérieuse, lancée par la Cour, à déborder le cadre traditionnel mais trop étroit du droit des traités. L'arrêt du 26 mai 1961 (Temple de Préah Vihear, Exceptions préliminaires) concernait un acte que l'on déclare le plus souvent unilatéral, la déclaration d'acceptation de la compétence obligatoire de la Cour. L'erreur peut affecter les autres actes unilatéraux accomplis par les États. L'arrêt du 18 décembre 1960 sur la sentence arbitrale du Roi d'Espagne évoque une controverse classique sur l'erreur cause de nullité de la sentence arbitrale, mais, au-delà, impose l'étude d'erreurs autres que celles commises par les États. L'évolution de la société internationale fait surgir l'erreur des juridictions internationales et des organes des institutions internationales. Et l'erreur commise par l'individu, lorsqu'il n'agit pas en tant qu'organe de l'État, pour n'être encore prise en considération par le droit international que tout à fait exceptionnellement, méritera d'être signalée à l'occasion.

Si un vaste domaine s'ouvre à l'erreur, la Cour de La Haye semble hésiter à la sanctionner.

Il ne manque cependant pas de raisons pour effacer les conséquences de l'erreur. A tel point que le juge, lorsqu'il admet la sanction, n'éprouve pas le besoin de la justifier en invoquant expressément les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées, car elle semble imposée par la nature des choses. La situation engendrée par un acte entaché d'erreur est contraire au Vrai, comment le droit pourrait-il la consacrer ? D'autant plus qu'elle entraîne au détriment de la victime de l'erreur un préjudice difficilement justifiable. Faut-il ajouter que la réparation semble exigée par la Bonne Foi qui est inséparable de la théorie de l'erreur.

commentaire, p. 37 et s.; Sir WAIJOCK, 2e rapport sur le droit des traités, 1963, A/CN4/156, p. 37-44. ; V. également dans le rapport de la Commission du Droit international sur les travaux de sa quinzième session, A/5509, le projet d'articles sur le droit des traités, art. 34 et commentaire, p. 24-29 ; CAVARE (L.), *Le Droit international public positif*, 2e éd. 1962, t. II, p. 66 et 85 ; ROUSSEAU (Ch.), *Principes généraux du droit international public*, 1944, t. I, n° 222; SIBERT (M.), *Traité de Droit international public*, 1951, t. II, n° 880 ; Lord McNair, *Law of Treaties*, 2e éd., 1961, p. 213 ; OPPENHEIM -LAUTERPACHT, *International Law*, 8e éd., t. 1, p. 892 ; SCHWARZENBERGER, *A manual of international Law*, 4e éd., p. 148 et surtout « The fundamental principles of international Law », *R.C.A.D.I.*, 1955, t. I, p. 268 et s.

²²⁹ Commentaire sous l'art. 34 du projet de la Commission du Droit international, A/5509.

L'erreur provient de l'ignorance, d'une fausse représentation du droit ou des faits. Elle exclut la mauvaise foi de son auteur — Verrans — ; volontaire, elle change de qualification tant sa nature est altérée, et dégénère en tromperie, dissimulation, qui posent des problèmes très différents. Elle exclut également la mauvaise foi d'un tiers : provoquer l'erreur c'est se rendre coupable d'un dol soumis à des règles autres.

Seulement, d'autres considérations doivent entrer en ligne de compte. La gravité de l'erreur : vénielle, mérite-t-elle d'être sanctionnée ? Plus encore, sa nature : l'erreur est en principe, une notion psychologique ; il est très tentant de l'alléguer pour les besoins de la cause, pour échapper à l'exécution d'une obligation. Or, effacer les conséquences de l'erreur, c'est le plus souvent détruire un acte. Cette atteinte à la stabilité des actes juridiques et des situations de fait risque de compromettre la sécurité des relations entre les sujets de la société internationale. Elle va à l'encontre d'une exigence fondamentale en droit international plus encore qu'en droit interne. C'est le principal obstacle à la sanction de l'erreur.

Entre ces exigences contradictoires il appartient à l'arbitre de trancher. En toute hypothèse sanctionner l'erreur est reconnaître que l'acte vicié ne satisfait pas aux conditions de validité requises par le droit international. Mais le problème de la sanction de l'erreur se pose en des termes fondamentalement différents selon que l'acte est en lui-même conforme au droit ou, au contraire, illicite.

Dans les obligations consenties, qui reposent sur l'acquiescement, le même sujet réunit les deux qualités d'auteur et victime de l'erreur. Ainsi, l'État qui invoque l'erreur, non pour démontrer que l'acte est illicite mais, comme vice du consentement, pour soutenir qu'il n'a pas réellement consenti à s'obliger. Pour l'arbitre, prendre en considération l'erreur, c'est la sanctionner en déclarant que l'obligation n'est pas valable faute de reposer sur un consentement effectif. Ainsi, l'État du Qatar peut invoquer une erreur qu'il a lui-même commise lors de la souscription du contrat pour échapper à ses obligations contractuelles envers son cocontractant, qui n'est autre qu'un investisseur étranger.

La vision classique du problème des rapports entre l'erreur et le consentement se présente ainsi : lorsque l'obligation dont il est tenu est fondée sur son consentement, un État peut-il s'en libérer en prétendant que ce consentement a été donné par erreur ? Ce serait ériger l'erreur en juste cause d'inexécution de l'obligation consentie.

Aucune raison majeure n'impose de limiter l'examen aux traités, comme on le fait traditionnellement. Pour les obligations consenties par voie d'acte unilatéral ou au travers d'un contrat d'État, le problème se pose dans les mêmes termes et les solutions sont également identiques²³⁰. Aussi bien la doctrine n'hésite pas à invoquer à l'endroit des traités les précédents concernant les actes unilatéraux²³¹. De même, on voit poindre dans la jurisprudence les cas d'erreurs commises par de simples particuliers²³².

Sur ce point, les principes du droit international sont dans leur essence assez proches de ceux des droits internes. Cependant, appliqués à un milieu profondément différent, ils conduisent à des solutions originales.

La bonne foi prescrit que celui qui n'a pas effectivement consenti en connaissance de cause ne soit pas obligé : les effets de l'erreur dépendent donc d'abord de la nature de l'erreur. Mais la bonne foi et les exigences de la sécurité des relations internationales imposent également de tenir compte du comportement des parties.

La doctrine du droit international, à l'unisson de la doctrine et de la jurisprudence de droit interne, présente souvent du rôle que joue la nature de l'erreur une conception qui semble dictée par une logique irréfutable. Puisque le consentement est le fait générateur de l'obligation, seule l'erreur qui affecte la réalité de ce consentement doit être prise en considération et entraîne la nullité de l'acte. Au contraire, lorsque le consentement n'est pas altéré, l'erreur est indifférente, l'acte valable²³³.

²³⁰ Sauf à signaler, chemin faisant, quelques problèmes secondaires, spécifiques de l'une ou l'autre catégorie, et, dès maintenant, que les exemples tirés des traités sont de loin les plus nombreux.

²³¹ Par exemple la déclaration Ihlen dans l'affaire du statut juridique du Groenland oriental ou la déclaration d'acceptation de la compétence obligatoire de la C.I.J. dans l'affaire du Temple de Préah Vihéar (exceptions préliminaires). Il est vrai que le doute est permis en ce qui concerne le caractère unilatéral de ces actes. Sur ces points, voir P. Reuteb, cours précité, R.C.A.D.I., 1961, t. II, p. 575; E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, 1962, p. 142 et s.

²³² Erreur dans l'option de nationalité. Sentence du 10 juillet 1924, affaire relative à l'acquisition de la nationalité polonaise, R.S.A., II, v. p. 423-425 qui renvoie au droit interne; erreur dans un contrat, Tribunal arbitral mixte germano-roumain, Soc. Phénix c. Etat allemand, sentence du 24 juillet 1926, Recueil des décisions des T. A.M., t. III, p. 103, v. infra.

²³³ V. Tomsic, *op. cit.*, p. 51. Il s'agit ici de consentement donné à l'acte par l'organe qualifié pour lier l'Etat (ou l'organisation internationale). Il est impossible de distinguer ici, comme on le fait pour la violence, le vice affectant la volonté des représentants de l'Etat qui constituent cet organe du vice affectant la volonté de l'Etat lui-même.

Cette vision est trop étroite. Certes, la validité d'un acte ne peut être mise en cause que si le consentement est vicié. Seulement, aucune erreur n'est indifférente. Celle qui affecte simplement l'expression de la volonté est prise en considération comme celle qui porte sur la substance de l'acte, mais sa sanction est moins grave.

A. L'erreur dans l'expression de la volonté

L'erreur dans l'expression de la volonté ne met pas en principe en cause la réalité du consentement. Pour cette raison, on la qualifie souvent d'erreur matérielle : elle n'affecte que *instrumentum*.

La manifestation la plus répandue est celle d'États qui se sont effectivement accordés sur les dispositions d'un traité, mais ont, par mégarde, usé d'une appellation erronée. Particulièrement anodine apparaît l'inadvertance imputable au représentant des États-Unis, lors de la conclusion du traité du 4 mars 1853 avec le Paraguay : dans le texte, les mots « États-Unis de l'Amérique du Nord » ou « Union Nord Américaine », figuraient à la place d'États-Unis d'Amérique²³⁴. En revanche, les erreurs typographiques, fréquentes, sont fort ennuyeuses lorsqu'elles vont jusqu'à l'omission d'un mot ou d'un paragraphe²³⁵.

La doctrine estime que pareille erreur ne peut être invoquée comme cause de nullité²³⁶. Pour certains²³⁷, on serait même hors du jeu de la théorie de l'erreur. Le fait est qu'une erreur a été commise. Certes elle ne vicie pas le consentement et ne peut entraîner l'annulation de l'acte. Mais, engendrant un conflit entre la volonté déclarée et la volonté réelle, elle rend malaisée la détermination du consentement au point de paralyser souvent l'exécution de l'obligation. Aussi l'erreur matérielle est-elle passible d'une sanction à la mesure de ses effets. Elle impose la rectification de l'acte, ce qui soulève fréquemment de délicats problèmes d'interprétation.

1 - La rectification de l'erreur comme solution

²³⁴ La Pkadeixe et Politis, Recueil des arbitrages internationaux, t. I, p. 40.

²³⁵ V. les exemples cités par HACKWOHTH, Digest of International Law, t. V, p. 93 et s., notamment p. 98.

²³⁶ V. par exemple WALDOCK, 2e rapport précité, p. 43 et projet de la Commission du Droit international, art. 34.

²³⁷ LAUXEHPACHT, rapport, p. 212.

La rectification pure et simple ne requiert guère l'intervention du juge. Elle est une mesure suffisante lorsque l'erreur est manifestement purement formelle et qu'en conséquence les parties ne font guère de difficultés à la reconnaître et à l'effacer.

Mais, à elle seule, l'existence de la rectification démontre que l'erreur n'est jamais tenue pour indifférente. Ici, l'erreur est sanctionnée à la mesure de ses conséquences. Ses effets, sur l'acte, si limités soient-ils, sont anéantis.

Aussi bien, cette procédure soulève des problèmes importants en matière de traités. Elle suppose, en principe, l'accord exprès de toutes les parties. Si la convention a été ratifiée, l'amendement qui corrige le texte erroné doit être lui aussi soumis à l'organe chargé de la ratification. Dans les conventions multilatérales, la complexité de la procédure est plus redoutable encore, cela au moment où les risques d'erreurs purement matérielles croissent à raison de la pluralité des langues employées. Après la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 sur le transport aérien²³⁸, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, approuvée le 9 décembre 1948 par l'Assemblée générale de l'O.N.U., en a apporté la preuve. De nombreuses oppositions et difficultés ont dû être surmontées avant que fût admise une procédure simplifiée de rectification des erreurs qui s'étaient glissées dans le texte chinois²³⁹. Pour prévenir le retour de semblables difficultés, la Commission du Droit international a proposé une réglementation détaillée de la procédure de correction des erreurs²⁴⁰.

Que les États et les Organisations internationales se soumettent à des formalités aussi compliquées révèle combien est impérieuse la nécessité de rectifier. De fait, même lorsqu'elle

²³⁸ A la suite d'une erreur de traduction d'un amendement britannique, le mot transporteur avait été substitué au mot expéditeur dans le texte français. Sur les difficultés que souleva la rectification, v. *Revue Générale de Droit Aérien*, 1933, p. 815-821. D'autres exemples sont rapportés par HACKWORTH, *op. cit.*, t. V, p. 94 et s.

²³⁹ Une copie du texte chinois rectifié, déposé auprès du Secrétariat de l'O.N.U., a été adressée à tous les États signataires ou parties à la convention, invités à notifier au Secrétaire général leur acceptation ou leurs objections à l'égard du texte nouveau. Commission du Droit International, quinzième session, Mémoire préparé par le secrétariat, A/CN4/154, p. 95 et s.

²⁴⁰ Projet d'articles sur le droit des traités, art. 26 et 27 et Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de la quatorzième session A/CN4/148, p. 77 et s., confirmé par l'art. 34, al. 4 (rapport sur les travaux de la quinzième session précité, p. 25).

n'affecte que la manifestation de la volonté, l'erreur est dans les relations internationales, plus qu'en droit interne, source de troubles graves.

Elle paralyse la mise en application des traités. Ainsi, sous prétexte qu'il avait lui-même ratifié le texte original, le Paraguay s'est obstinément refusé à accepter les corrections de pure forme apportées au traité de commerce de 1853 par le Sénat des États-Unis. Faute d'échange des ratifications, le traité n'entra jamais en vigueur. Une épreuve de force fut nécessaire pour que, six ans plus tard, une autre convention réglât le commerce entre les deux États²⁴¹.

La paralysie est inéluctable, lorsque l'erreur engendre des contestations sur la portée de l'engagement consenti. Car toute rectification exige alors, au préalable, l'interprétation de l'acte.

2 - L'interprétation de l'acte comme solution

L'interpréter l'acte c'est, comme l'a indiqué M. de Visscher²⁴², dégager la volonté de son ou ses auteurs. Or, pour se limiter à l'hypothèse des traités, la plus fréquente, la volonté commune peut avoir indiscutablement existé, mais être masquée par une erreur dans l'expression.

Telle se présente la situation dans nombre des sentences relatives à des litiges frontaliers que l'on considère traditionnellement comme des exemples d'erreurs géographiques. Cette jurisprudence arbitrale bien connue²⁴³ est souvent sujet d'étonnement pour les auteurs : en présence d'erreurs incontestables le juge n'annule pas le traité, il se borne à rectifier l'erreur après avoir dégagé la volonté effective des parties. Mais cette démarche est imposée par la nature même de l'erreur commise.

En effet, l'erreur provient de ce que, dans le traité, les parties ont inexactement désigné un élément, cours d'eau en général. L'existence du cours d'eau sur lequel les parties s'étaient

²⁴¹ La Pradkix et Polxtis, op. cit., t. II, p. 40 et 41. Pour un exemple plus récent, voir le litige frontalier entre l'Équateur et le Pérou (paralysie de l'application du traité), R.G. D.I.P., 1960, p. 622 et s.

²⁴² Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public, p. 50.

²⁴³ Cf. outre les rapports à la Commission du Droit international et le projet de la Harvard Law School, op. cit., p. 127 et s.; Ch. Hyde, International Law, 2e éd., 1947, § 493, p. 1381 et s.

entendues, donc la réalité du consentement n'est pas contestée. Mais à cause du texte défectueux les parties sont, de bonne ou mauvaise foi, en désaccord sur l'identité du fleuve qui répond à leur volonté commune.

Dans le plus ancien arbitrage, celui de la Rivière Sainte-Croix²⁴⁴, la mission de l'arbitre est de dire « quelle est la rivière que le traité désigne sous le nom de Sainte-Croix ». Les États-Unis prétendent qu'il faut se conformer à la carte dressée par Mitchell, dont s'étaient servis les négociateurs. La Grande-Bretagne, avec raison, accuse Mitchell d'avoir commis une erreur ; la véritable rivière Sainte -Croix, telle que la désigne l'histoire, est un cours d'eau autre que celui qui est porté sur la carte Mitchell. L'erreur qui affecte le traité est, certes, la conséquence de l'erreur commise par le géographe, mais elle est d'une tout autre nature. Elle réside dans l'insuffisante précision du terme rivière Sainte-Croix qui est susceptible de désigner deux rivières différentes.

Si la sentence donne gain de cause à la Grande-Bretagne, c'est par interprétation de la volonté des parties. Des débats il résultait que les commissaires chargés de conclure le traité ne pouvaient indiquer celle des deux rivières à laquelle ils s'étaient référés. Et les parties elles-mêmes en concluaient qu'une interprétation correcte du traité devait donner la préférence à la « vraie » rivière Sainte-Croix.

Le même mécanisme se retrouvera lorsque l'arbitre devra désigner quelle rivière est le Yapoc ou Vincent Pinson qui marque la frontière entre la Guyane française et le Brésil²⁴⁵. Il est surtout remarquablement mis en lumière par Ch. E. Lardy dans la sentence relative à l'île de Timor²⁴⁶.

Hollandais et Portugais ont, par erreur, donné à un affluent de la rivière Noël Bilomi sur lequel ils désirent fixer la frontière le nom d'Oe Sunan. Ce nom peut désigner une autre rivière située plus à l'Est et le Portugal soutient que c'est cette rivière qui doit servir de ligne frontière. L'arbitre lui donne tort parce que cette dernière rivière ne remplit pas les qualités requises par la « volonté réelle et concordante des parties ». Il rappelle que les principes généraux d'interprétation des conventions dégagés des droits internes, exigent qu'on tienne

²⁴⁴ DE LA PRADELLE (A.) et POLITIS (N.), *op. cit.*, t. I, p. 5 et s.; MOORE, *International Adjudications* (1929-1930), t. II, p. 373.

²⁴⁵ LA FONTAINE (H.), *Pasicrisie internationale*, p. 341 et s. Pour d'autres problèmes d'identification V. notamment affaire de la Baie de Delagoa. DE LA PRADELLE (A.) et POLITIS (N.), *op. cit.*, p. 617 et s., surtout p. 638 ; et le litige entre Costa Rica et le Nicaragua tranché par une sentence du 30 septembre 1897.

²⁴⁶ C.P.A., sentence du 25 juin 1914, *Recueil des sentences arbitrales*, XI, p. 481 et s.

compte de « la réelle et commune intention des parties sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir par erreur... ». Les parties ont, il est vrai, commis une erreur en donnant le nom d'Oe Sunan à l'affluent venant du Nord... mais c'est cet affluent seul (dénommé alors par erreur Oe Sunan) qui était nécessairement, dans la pensée concordante des parties, le point auquel la frontière devait quitter le Noël Bilami pour se diriger vers le nord — et non pas une autre rivière — à laquelle les Portugais donnent ce nom d'Oe Sunan.

La méthode suivie répond à des exigences tellement impérieuses qu'elle ne saurait être limitée aux « erreurs géographiques ». Dans l'affaire Chevreau, c'est encore en interprétant la volonté des parties que l'arbitre pourra rectifier l'erreur, en l'occurrence tenir pour dépourvue d'effet une phrase du compromis qui limitait contre toute vraisemblance sa compétence²⁴⁷.

A travers ces exemples, la gravité de l'erreur dans l'expression de la volonté demeure une condition essentielle. Encore y était-elle limitée parce que les parties s'accordaient sur l'existence de leur consentement ; l'erreur ne soulevait au plus qu'un problème d'interprétation de l'acte. Le conflit est autrement sérieux lorsqu'un des deux signataires, en contestant la lettre du traité, met du même coup en cause la réalité du consentement qu'il paraît avoir donné. Dans l'affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles frontalières²⁴⁸. Les Pays-Bas prétendaient qu'une erreur de copie — simple erreur matérielle — s'était glissée dans le procès-verbal de la commission de délimitation annexé au traité. Or, c'est de cette erreur que dépendait l'attribution des parcelles litigieuses à la Belgique. Par-delà l'erreur dans l'expression de la volonté les Pays-Bas niaient donc avoir effectivement consenti l'abandon de deux parcelles. Il s'agit d'une hypothèse exceptionnelle dans laquelle avancer l'erreur matérielle revient à contester la réalité du consentement de manière plus péremptoire encore que lorsqu'on invoque une erreur sur la substance²⁴⁹.

²⁴⁷ Affaire Chevreau, France-Royaume Uni, sentence du 9 juin 1931, R.S.A., II, p. 1138.

²⁴⁸ CM., Recueil, 1959, p. 227.

²⁴⁹ En effet, au lieu de reconnaître qu'ils avaient consenti mais par erreur, les Pays-Bas contestaient avoir donné la moindre acceptation. En réalité cette erreur ne peut le plus souvent avoir des conséquences aussi graves que l'erreur sur la substance. Puisqu'une simple erreur matérielle est à l'origine du litige le réclamant sera tenu, après rectification d'exécuter l'engagement auquel il a réellement consenti ; il ne pourra jamais être délié de toute obligation comme il l'est s'il prouve que l'erreur sur la substance est essentielle.

B. L'erreur sur la substance

L'erreur sur la substance a beaucoup plus retenu l'attention de la doctrine parce qu'elle est susceptible de vicier le consentement, au lieu d'en rendre simplement l'interprétation malaisée. Cette fois-ci, il existe un accord sur les mots qui dissimule en réalité une absence d'accord sur le fond des choses. Ainsi dans l'affaire de la frontière Nord-Est, une partie de la délimitation entre les États-Unis et les possessions britanniques devait être tracée « le long des highlands qui séparent les rivières qui se déchargent dans le fleuve Saint-Laurent de celles qui tombent dans l'Océan Atlantique » ; or, ces highlands étaient l'œuvre de l'imagination des géographes²⁵⁰. Semblable erreur est passible de sanctions très graves ; mais les conditions exigées pour la sanction sont rarement réunies. Autant de traits qui tiennent à la nature de l'erreur sur la substance.

Deux conditions doivent être remplies pour que l'erreur soit sanctionnée : il faut qu'elle présente une certaine gravité et que la preuve en soit rapportée.

1 - La gravité de l'erreur

Toute erreur sur la substance n'altère pas systématiquement le consentement pour être prise en considération. L'erreur est soumise à une condition dont on ne trouve pas d'équivalent pour un autre vice du consentement, tel que la violence. En effet, la doctrine du droit international, adoptant les principes du droit interne, exige que l'erreur soit essentielle, c'est-à-dire telle que les parties ou l'une d'elles ne se seraient pas obligées si elles avaient connu le véritable état de choses²⁵¹.

Comment autrement prétendre que le consentement a été vicié ? Et en l'absence d'une altération grave du consentement comment justifier l'atteinte portée à l'acte ? Chacun doit supporter les conséquences de ses propres erreurs lorsqu'elles ne sapent pas le fondement de

²⁵⁰ DE LA PRADELLE (A.) et POLITIS (N.), *op. cit.*, t. I, p. 363.

²⁵¹ L'unanimité règne sur ce point dans la doctrine moderne. Voir outre les auteurs cités par le projet de la Harvard Law School, p. 1129 ; les rapports de Lauterpacht, Fitzmaurice, et Waujock à la Commission du Droit international ; Lord McNair, « The Law of Treaties », 2e éd., 1961, p. 211. En sens contraire on ne peut guère citer qu'un auteur ancien comme Rivier, « Principes du droit des gens », Paris, 1896, t. II, p. 55.

l'obligation. En pareil cas, l'erreur sur la substance est traitée moins sévèrement qu'une simple erreur dans la déclaration de volonté qui entraîne toujours la rectification de l'acte.

Cette règle a été consacrée à plusieurs reprises par la jurisprudence internationale. Dans l'affaire *Mavrommatis*, la Cour permanente de Justice internationale a déclaré que l'annulation dépendait de la question de savoir si l'élément sur lequel a été commis l'erreur avait été considéré comme une condition du contrat, exigence qui n'était pas satisfaite en l'espèce²⁵². De même, il a été jugé que l'erreur n'est pas recevable si elle « tient à ce que l'acte produise des résultats subsidiaires qui n'étaient ni voulus ni désirés »²⁵³. On peut en déduire que l'erreur sur la valeur est également indifférente²⁵⁴. Aussi bien engendre-t-elle la lésion dont la théorie est inconnue du droit international.

Au contraire, détruit-elle le consentement, l'erreur sera retenue, même si elle ne porte que sur les qualités de la personne du cocontractant²⁵⁵. Ainsi, le tribunal arbitral germano-roumain considérera comme nulle la déclaration par laquelle le gouvernement roumain avait reconnu à tort la libération d'une créance²⁵⁶. Mais il est rare qu'une erreur de cette gravité échappe à l'attention des États. D'autant plus que, d'après une sentence du Tribunal arbitral mixte germano-roumain présidé par R. Fazy, « l'erreur suppose l'ignorance d'un fait que l'on pouvait connaître, mais il ne peut y avoir d'erreur au sujet d'un fait incertain »²⁵⁷.

Sur le plan de la technique juridique, l'erreur diffère donc de l'imprévision²⁵⁸ bien que cette dernière ne soit en fait qu'une erreur sur les perspectives économiques. Elle ne peut être

²⁵² Affaire *Mavrommatis*, C.P.J.I., Série A, 14, p. 28 et s.

²⁵³ Sentence du 4 septembre 1934 rendue par le Dr R. Fazy, Germany-Commission of the Saar Territory, R.S.A., III, p. 1565.

²⁵⁴ Cf. d'ailleurs la position de la Cour dans l'affaire du Temple de Préah Vihear (fond), Recueil, p. 25, à l'égard de l'argument tiré de ce que la Thaïlande ne connaissait pas l'importance du temple au moment où la frontière a été tracée.

²⁵⁵ Affaire *Mavrommatis* précitée où était en cause la nationalité du bénéficiaire d'une concession (solution implicite). Le problème posé par l'affaire *Savarkar*, C.P.A., 24 février 1911, France-Grande-Bretagne est différent bien qu'à l'origine se trouve une erreur sur l'identité de la personne. Il s'agit ici de l'identité de l'extradé remis par erreur aux autorités britanniques : c'est donc sur l'objet même de l'acte que portait l'erreur (à laquelle l'arrêt ne fait d'ailleurs pas allusion). Cf. Van Hamel, Les principes du droit d'extradition et leur application dans l'affaire *Savarkar*, *Revue de Droit international et de législation comparée*, 1913, p. 398.

²⁵⁶ Sentence du 15 avril 1935, Allemagne-Roumanie, Affaire *Schlessiger*, R.S.A., III, 1654.

²⁵⁷ Affaire *Soc. Phénix c. Etat allemand*, *Recueil des décisions des T.A.M.*, VII, p. 103.

²⁵⁸ Dans le même sens rapport *Fitzmaurice* précité, art. 12, 2, d, p. 25 et projet de la Commission du Droit international précité, art. 34, al. 1. Sur les difficultés que soulève une telle hypothèse cf. la sentence du 15 juin 1911, *Chamizal Case*, Etats-Unis-Mexique, R.S.A., XI, p. 325 (changement du cours du Rio Grande).

invoquée par un État désireux de se libérer de son engagement et préoccupé de fonder sa demande sur un moyen moins discuté que la clause « rebus sic stantibus ». Cette jurisprudence présente l'avantage de ne pas affaiblir à l'excès la force obligatoire des actes juridiques en prenant trop largement en considération les mobiles. Ce que l'auteur d'un acte a espéré pour l'avenir demeure étranger à l'acte et ne doit pas en affecter la validité. Au reste, comment rapporter la preuve d'une semblable erreur ?

2 - La preuve de l'erreur

L'exigence de la preuve de l'erreur, seconde condition requise pour triompher, est à ce point normale que la mentionner est lui reconnaître des vertus particulières. De fait, entendue de façon très sévère par le juge international, elle contribue largement à la rareté des annulations pour erreur.

Cette difficulté de preuve tient à la nature psychologique de l'erreur sur la substance. Ici encore le juge doit se livrer à l'interprétation, comme il le faisait en présence d'une erreur dans la déclaration de volonté. Mais cette fois les allégations de celui qui se prétend victime de l'erreur sont d'autant plus difficiles à admettre qu'elles contredisent un texte clair. Au surplus, elles mettent en cause l'existence de l'acte et non seulement sa portée. Aussi une telle erreur n'est admise qu'en toute dernière analyse²⁵⁹, ainsi qu'en témoignent plusieurs décisions de rejet²⁶⁰. Certaines sentences arbitrales explicitent cette démarche en spécifiant que l'erreur doit être « manifeste »²⁶¹. Cette condition est satisfaite lorsqu'une chaîne de hauteur (highlands) prise pour frontière n'existe pas, lorsque la frontière est tracée un mille au nord du 45e degré qu'elle prétend suivre²⁶² ou lorsqu'une créance est déclarée à tort libérée²⁶³.

²⁵⁹ Cette sévérité se retrouve même dans le cas où par le biais de l'erreur dans la déclaration de volonté est mise en cause l'existence du consentement. L'affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles frontalières en constitue l'illustration la plus remarquable.

²⁶⁰ Dans l'affaire du statut du Groenland oriental, la C.P.J.I. n'a pas admis l'existence de l'erreur, C.P.J.I., série A/B, n° 53, p. 71. Dans l'affaire du Temple de Préah Vihear (fond), la C.I.J. a pris soin d'ajouter aux arguments sur la recevabilité de l'erreur une démonstration de l'absence d'erreur dans l'acceptation donnée par la Thaïlande : C.I.J., arrêt du 15 juin 1962, précité, p. 32.

²⁶¹ Sentence rendue par Victor Merz, Allemagne-Lithuanie, 10 août 1937, R.S.A., II, p. 1761.

²⁶² Affaire de la frontière du nord-est précitée, La Pradelle et Politis, op. cit., p. 363. Cpr. pour une erreur de 100 milles sur l'emplacement du 100° de longitude. Cour Suprême des Etats-Unis, 16 mars 1896, U.S.A. v. Texas, in Scott, « Judicial Settlement of controversies between States of the American Union », p. 316 et s.

²⁶³ Sentence rendue dans l'affaire Schlessiger, précitée, R.S.A., III, p. 1654.

C. La sanction de l'erreur

Une fois réunies les conditions pour l'admission de l'erreur sur la substance, la sanction elle-même ne soulève dans son principe aucune difficulté. L'erreur étant essentielle, le consentement donné n'est pas valable et l'acte n'est pas valide. La victime de l'erreur n'est donc pas liée par l'obligation ; si l'erreur est commune aux deux parties d'un traité, l'une et l'autre pourront s'en prévaloir. Cependant, sur la mise en œuvre de cette protection des controverses s'élèvent qui proviennent de l'insuffisante élaboration de la théorie des sanctions en droit international et de la rareté de son application aux vices du consentement.

En premier lieu, il importe de savoir si l'erreur entraîne l'anéantissement de l'acte tout entier ou seulement de la disposition qu'elle entache. Longtemps la doctrine s'est peu préoccupée du problème et a semblé pencher vers la première solution. La raison est que, par définition, l'erreur essentielle, détruisant le fondement de l'acte, prive le consentement de toute réalité²⁶⁴.

L'argument n'est pas décisif parce qu'il néglige la divisibilité des actes unilatéraux et des traités. Certaines dispositions sont indépendantes du reste de l'acte : elles sont séparables des autres dispositions et n'ont pas constitué la condition du consentement donné à d'autres parties de l'acte. Lorsque l'erreur vicie l'acquiescement donné à l'une des dispositions indépendantes, seule cette disposition doit être considérée comme non valable. Depuis longtemps d'ailleurs les Etats ont, à l'image de ce qui se fait en droit interne²⁶⁵, appliqué ce principe, notamment aux traités frontières. Si l'erreur ne porte que sur une portion de la frontière ils limitent leur contestation à la partie erronée du tracé, sans plaider la nullité du traité tout entier²⁶⁶ ; Bien entendu, si les dispositions sont indivisibles la validité de l'acte entier est mise en cause²⁶⁷. La sanction est donc étroitement calquée sur les effets de l'erreur.

²⁶⁴ Ceci tient dans une large mesure à ce que les dispositions d'un traité étaient considérées indivisibles. En sens contraire, cependant le projet de la Harvard Law School, art. 30, op. cit., p. 1134; add. Waldock, 2e rapport, additif, A/CN4/156/Add 2, art. 26, p. 16; et l'art. 34 al. 3 du projet de la Commission du Droit international.

²⁶⁵ Planiol Ripert Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, 2e éd., 1952, t. VI, n° 188; Marty et Raynaud, *Droit civil*, 1962, t. II, n° 130.

²⁶⁶ Affaire de la frontière Nord-Est, Grande-Bretagne-Etats-Unis, précitée. Cpr. affaire de la souveraineté sur certaines parcelles frontalières, Belgique c. Pays-Bas, précitée.

²⁶⁷ Par exemple dans l'affaire du Statut du Groenland oriental (validité de la déclaration Ihlen) . V. également la sentence rendue dans l'affaire Schlessiger, précitée, R.S.A., III, p. 1654.

La préoccupation de préserver l'acte au maximum se retrouve-t-elle dans la détermination des effets dans le temps de la sanction de l'erreur ? Telle est la portée de la controverse sur le caractère rétroactif ou non de l'invalidité prononcée par le juge. Le problème est compliqué par l'insuffisante précision de la terminologie du droit international. On oppose en général l'annulabilité qui ne produit effet qu'*ex nunc* à la nullité qui produit effet *ex tunc*²⁶⁸. Mais certains distinguent encore la nullité absolue rétroactive et la nullité relative qui ne serait jamais rétroactive²⁶⁹.

La logique est en faveur de la rétroactivité. L'erreur exclut tout véritable acquiescement ; le juge doit constater l'invalidité *ob initio*. Cette solution, qui est celle de la Common Law²⁷⁰, comme des droits continentaux²⁷¹, assure une protection intégrale à la victime de l'erreur lorsque l'acte a reçu un commencement d'exécution. Mais elle est susceptible de troubler la sécurité des relations internationales. Elle implique, en principe, que tombent rétroactivement à leur tour tous les actes qui sont intervenus sur la base de l'acte annulé.

La jurisprudence internationale n'offre guère de précédents. Dans un certain nombre de cas, elle semble avoir admis que l'erreur entraîne la nullité, sans en préciser nettement les effets²⁷² ! ; dans d'autres, elle s'est contentée de formules vagues, permettant à la victime « de revenir sur sa décision »²⁷³ ou « autorisant un nouvel examen » en vue de réparer le vice²⁷⁴. Cette ambiguïté s'explique parce que le plus souvent l'erreur a été plaidée avant la mise à exécution de l'acte, ce qui ôtait tout intérêt à la rétroactivité. En faveur de la non-rétroactivité on peut cependant invoquer la décision rendue à propos de la portion de territoire que les États-Unis occupaient par erreur au nord du 45e degré²⁷⁵.

²⁶⁸ En faveur de la nullité voir notamment : Commentaire de l'art. 34 du projet de la Commission du Droit international, *op. cit.*, p. 28; Fitzmaurice, rapport précité, art. 22 C, p. 28. En faveur de l'annulabilité, Harvard Law School, *op. cit.*, p. 1134; Lauterpacht, rapport précité, p. 213.

²⁶⁹ Dans le sens de la nullité relative ainsi entendue, GUGGENHEIM (P.), « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *R.C.A.D.I.*, 1949, I, p. 235; DELBEZ, « Les principes généraux du contentieux international », Paris, 1962, p. 242.

²⁷⁰ Fitzmaurice, *op. cit.*, avec plus de réserves CHITTY, *On contracts, op. cit.*, p. 413.

²⁷¹ Pour le droit français : PLANIEL, RIPERT, ESMEIN, *op. cit.*, t. VI, n. 188. Pour le droit allemand, RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, L.G.D.J., 1961, n° 139 et les références.

²⁷² Affaires Mavrommatis et Préah Vihéar (exceptions préliminaires) solution implicite.

²⁷³ Affaire Schlessiger, précitée, R.S.A., III, p. 1654.

²⁷⁴ Sentence du 10 août 1937 précitée, Allemagne-Lithuanie, R.S.A., II, p. 1761.

²⁷⁵ Affaire de la frontière du nord-est précitée ; aucune rétroactivité n'a été imposée. Pour une position plus catégorique, voir Guggenheim, cours précité, *R.C.A.D.I.*, 1949, I, p. 235.

La solution la plus séduisante est peut-être d'offrir à la victime de l'erreur une option, exercée sous le contrôle du juge, entre la nullité qui opère rétroactivement et la résiliation dont les effets courent à dater du jugement. Cette souplesse, que préconisait dans son rapport Sir Humphrey Waldock²⁷⁶, assure à Yerrans une protection satisfaisante tout en tenant compte des cas où la sécurité juridique rend peu opportun, voire impossible, d'accomplir les mesures exigées par la rétroactivité qui est en réalité une projection du passé dans l'avenir.

On ne saurait enfin oublier que les parties peuvent s'accorder à demander une sanction qui implique comme la nullité l'invalidité de la disposition erronée mais présente en plus un aspect positif, la rectification. La disposition viciée, anéantie, est alors remplacée par une autre²⁷⁷.

Le comportement des parties est pris en considération par le droit international pour écarter la sanction de l'erreur ou en limiter les effets, afin d'éviter de porter atteinte à la sécurité des relations juridiques. L'influence du comportement des parties revêt d'ailleurs une double forme. D'abord, volontaire et directe lorsque les auteurs de l'acte manifestent le désir de déterminer eux-mêmes les effets de l'erreur. Plus encore, involontaire et indirecte en ce que, dans sa décision, le juge tient le plus large compte de la conduite des parties tant concomitante que postérieure à la commission de l'erreur.

Lors du prononcé de la sanction, le juge est lié par le compromis ou la demande des parties.

Sans doute la sanction dépend d'abord de la nature de l'erreur. Ainsi, seule l'erreur qui vicie le consentement affecte la validité de l'acte. Mais, pour cette erreur, il existe une gamme de sanctions entre lesquelles les parties choisissent en fonction de leurs intérêts par le biais de la demande présentée. Ainsi le demandeur pourra se contenter d'une sanction moins grave que l'annulation rétroactive.

²⁷⁶ 2e rapport précité, p. 37-38.

²⁷⁷ Parce que la rectification porte ici sur la substance de l'acte elle diffère profondément dans ses effets sinon dans sa nature, de la simple rectification de l'erreur dans l'expression de la volonté. L'admission de la rectification résulte implicitement de la sentence rendue dans l'affaire de la frontière du nord-est ;V. DE LA PRADELLE (A.) et POLITIS (N.), *op. cit.*, t. I, p. 376 et le commentaire, p. 395 et s. En effet, si la substitution d'une nouvelle frontière a été critiquée c'est parce que l'arbitre avait choisi la nouvelle frontière sur la base de raisons de pure convenance étrangères aux textes que le compromis lui demandait d'interpréter.

Surtout, les parties ont la faculté de régler elles-mêmes les effets de l'erreur sans recourir au juge. La solution est aisée lorsque les États décident de ne pas invoquer l'erreur. En présence d'une erreur purement formelle dans la déclaration de volonté, les parties peuvent exécuter sans soulever une difficulté d'interprétation. Plus remarquable encore est la confirmation de l'acte vicié par laquelle un État renonce à invoquer l'erreur qui a altéré son consentement. Cette faculté, reconnue par la théorie générale du droit, érige dans une certaine mesure Verrans en juge de la portée de l'erreur sur son consentement. Il est vrai que d'après certains auteurs la confirmation ne serait pas permise par le droit international²⁷⁸. Mais cette thèse, contredite par la majorité de la doctrine²⁷⁹, n'emporte pas l'adhésion. Si la jurisprudence internationale n'offre pas d'exemples de confirmation c'est uniquement parce que, par nature, cette opération prévient tout litige et ne laisse guère de traces. D'ailleurs, Verrans étant d'accord, qui serait fondé à se plaindre du maintien de l'acte, favorable à la sécurité juridique ?

En revanche, la volonté est moins efficace lorsqu'elle se propose d'obtenir la sanction de l'erreur. Il faut alors l'accord des deux parties. En effet, que l'acte soit une convention ou un engagement unilatéral accepté par un tiers, que l'erreur porte sur l'expression ou la substance du consentement, la sanction (invalidation ou rectification) ne peut être imposée unilatéralement sans l'intervention du juge. La doctrine, unanime en ce sens²⁸⁰, considère que la dénonciation unilatérale est contraire à la bonne foi et à la force obligatoire des actes juridiques²⁸¹. Le danger en serait si grand qu'aucun auteur ne semble avoir songé à invoquer ici la théorie de l'inexistence que l'on pourrait appliquer à l'hypothèse où l'erreur fait obstacle à tout consensus ad idem.

L'illégitimité de la sanction unilatérale est confirmée par la pratique. On ne cite guère qu'une rectification d'erreur, viciant un traité de délimitation, opérée de force par l'Autriche au détriment de la Pologne moribonde au XVIIIème siècle²⁸². En règle générale, faute d'accord,

²⁷⁸ Guggenheim, cours précité, R.C.A.D.I., 1949, I, p. 209, note 2.

²⁷⁹ Voir par exemple rapport Waldock, p. 39.

²⁸⁰ Seul le rapport de Sir Humphrey Waldock pouvait d'après la rédaction et le commentaire des art. 8 et 9, donner à penser que la victime de l'erreur, pouvait unilatéralement considérer son consentement comme nul ab initio. Mais cette décision a une portée limitée et ne permet pas à une partie d'imposer sa volonté à l'autre ainsi que l'a mieux montré le deuxième additif à ce rapport (art. 25) A/CN.4/156/Add 2, p. 7 et s.

²⁸¹ Sur le fondement de la règle, voir les observations de Sir Humphrey Waldock, deuxième rapport, deuxième additif précité, p. 10-11.

²⁸² Affaire dite de Podhorze. Le traité faisait mention d'une rivière Podhorze qui n'existait pas en réalité. Tomsic, p. 60.

les Etats soumettent à un juge les différends de cette nature, reconnaissant ainsi les limites de leur droit²⁸³. Il apparaît donc finalement que le droit international laisse jouer la volonté des parties exclusivement dans le sens favorable à la stabilité des actes juridiques, afin de minimiser les effets de l'erreur.

La plus simple est d'admettre que dispenser l'auteur de la sanction que normalement devrait lui valoir l'acte est ériger l'erreur en fait qui supprime le caractère illicite de l'acte commis. Ainsi procède le droit pénal à l'égard des infractions qui requièrent un élément intentionnel et dont l'erreur empêche la sanction. Et telle est la conception du Tribunal arbitral dans la sentence du 31 juillet 1928 relative à la « Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique ». Le fait pour une mission allemande d'avoir par erreur pénétré en armes en territoire portugais n'est pas jugé acte contraire au droit des gens car il n'y avait pas « pénétration calculée sur le territoire portugais avec le but clandestin d'en commencer ou préparer l'invasion ». Il faut pousser l'analyse plus avant. Puisque le comportement de Yerrans est la base de l'exonération, il est légitime d'admettre que l'absence d'illicite tient à ce que l'État était tenu non d'une obligation de résultat mais d'une obligation de comportement (que les civilistes nomment souvent obligation de moyens). L'obligation est seulement de faire diligence ; l'erreur commise de bonne foi n'y contrevient pas.

Dans les droits de la responsabilité fondés sur la faute on parvient au même résultat par un raisonnement un peu différent. Il est admis que dans certains cas l'erreur excusable ou inévitable ne constitue pas une faute : prouver l'erreur est donc s'exonérer de la sanction. C'est à cette notion traditionnelle qu'a préféré se référer la Cour permanente d'arbitrage dans l'affaire des déserteurs de Casablanca parlant « d'erreur... qui ne saurait être imputée comme une faute soit intentionnelle soit non intentionnelle ». Et, comme l'a fait observer M. Reuter, le recours au vocabulaire de la faute n'est pas mal venu lorsque, comme tel était le cas, l'arbitre porte un jugement d'où ne sont pas exclues toutes considérations morales.

Quelle que soit l'argumentation avancée, l'erreur exonère son auteur de la sanction parce qu'elle implique la bonne foi et apparaît excusable. Le caractère excusable de l'erreur

²⁸³ Cpr. le message adressé par Delcassé, ministre des Affaires étrangères aux ambassadeurs concernant une convention conclue entre la France et la Grande-Bretagne sur le régime du Lac Tchad. A la suite d'une erreur préjudiciable à la France la négociation fut reprise. « En équité, on nous devait... en droit, néanmoins rien n'y obligeait », reconnaît Delcassé, cité par Kiss, Répertoire de la pratique française en matière de droit international public, 1962, t. I, n° 97.

commande le jeu de l'exonération. Il est, comme en matière d'obligations consensuelles, apprécié en fonction des données de l'affaire. Mais la notion d'erreur excusable est entendue ici plus largement, en ce que l'erreur de droit n'est pas exclue en vertu d'une présomption irréfragable. Cette règle est d'autant plus remarquable que précisément l'erreur de droit pourrait tomber ici sous le coup de l'adage « Nemo censetur ignorare legem »; elle n'en est pas moins conforme aux principes du droit interne. Le droit international est d'ailleurs plus strict que le droit interne : il ne semble pas pousser le principe jusqu'à ses limites extrêmes ce qui conduirait à admettre la règle « error communis jacit jus ».

Dans l'affaire des déserteurs de Casablanca, la Cour permanente d'arbitrage a jugé excusable l'erreur de droit commise. Le Consul allemand n'avait pas le droit d'accorder sa protection aux légionnaires allemands évadés parce qu'ils relevaient de la juridiction de l'autorité française. Mais l'enchevêtrement des compétences était si grand qu'une étude très fouillée était nécessaire pour parvenir à cette conclusion. C'est pourquoi, de l'avis de la Cour, « l'erreur de droit commise sur ce point par les fonctionnaires du Consulat ne saurait leur être imputée comme une faute... ». Au reste, il n'est meilleure illustration de la recevabilité de l'erreur de droit que la question classique de la responsabilité internationale pour erreur du juge interne.

Le problème du mal jugé, qui ne concerne pas les décisions des juridictions inférieures réparées par une juridiction supérieure, reçoit une solution tout entière fondée sur les principes précédemment dégagés. Aussi bien peut-il se formuler en ces termes : l'erreur du juge suffit-elle pour engager la responsabilité de l'État, n'est-elle pas au contraire une cause d'exonération de la responsabilité ?

La doctrine, dans sa très large majorité, distingue de l'injustice évidente ou manifeste — source de responsabilité parce qu'entraînant un déni de justice — la simple erreur qui n'est pas sanctionnée par le droit international. La jurisprudence applique cette solution dont, comme l'a montré M. Charles de Visscher, la formulation la plus précise semble avoir été donnée dans l'affaire du Lotus : « *le fait que les autorités judiciaires auraient commis une erreur dans le choix de la disposition légale, applicable en l'espèce et compatible avec le droit international, ne concerne que le droit interne et ne pourrait intéresser le droit international que dans la mesure où une règle conventionnelle ou la possibilité d'un déni de justice entreraient en ligne de compte* ». C'est dire que l'erreur du juge interne n'engage la

responsabilité que si elle constitue une violation d'une obligation internationale. Surtout, la Cour indique très exactement les deux formes que cette obligation peut revêtir.

Dans certains cas l'État est assujéti à une obligation de résultat. Une convention ou une règle de droit international lui impose d'assurer aux étrangers un traitement défini. Toute erreur judiciaire, même de bonne foi, qui prive l'étranger de ce traitement constitue une violation du droit international et engage la responsabilité de l'État. Mais ces hypothèses ne sont qu'une exception très rare.

En principe, l'État doit seulement assurer aux étrangers une protection judiciaire convenable : c'est une simple obligation de comportement. Aussi la responsabilité n'est-elle engagée qu'au cas de déni de justice qui prive l'étranger des garanties indispensables de bonne justice et constitue en fait un refus plus ou moins déguisé de protection judiciaire. L'erreur de fait ou de droit privé peut-être l'étranger d'avantages qui auraient dû lui être reconnus, mais non de la protection judiciaire convenable parce qu'aucune organisation judiciaire ne peut le garantir de façon absolue contre l'erreur du juge. Pour cette raison, contraire au droit, la décision erronée n'est pas illicite. De nombreuses décisions ont consacré cette règle parmi lesquelles se détache la sentence rendue dans l'affaire Martini pour laquelle le déni de justice dans l'interprétation d'une sentence arbitrale suppose « une erreur grossière, inexcusable, volontaire et malveillante ».

Chapitre 2 - La protection des investisseurs étrangers

Le droit international a admis l'abus de droit comme faisant partie de l'ordre juridique international. La question à se poser au regard de notre sujet est celle de la place de la « doctrine de l'abus de droit » dans le droit international de la protection des investissements étrangers.

L'interdiction de l'abus de droit découle du principe général de la bonne foi appliquée à l'exercice de droits étatiques dont l'existence légale est incontestable. Il s'agirait en particulier des droits « discrétionnaires » relevant du domaine réservé, c'est-à-dire, de la compétence exclusive de l'Etat et n'étant pas spécifiquement réglementés par le droit international. Leur titulaire possède dès lors la faculté de les exercer comme bon lui semble, pour autant qu'un tel exercice ne soit pas constitutif d'un abus de droit.

L'abus de droit présente, d'une part, un caractère subjectif dans l'hypothèse où un Etat exerce ses droits dans la seule intention de nuire à autrui. Cependant, l'intention de nuire est généralement extrêmement difficile à établir quand il s'agit d'apprécier le comportement d'un Etat. D'autre part, l'abus de droit est le plus souvent de nature objective dans la mesure où la mauvaise foi n'est pas généralement requise pour la violation d'une norme internationale ou, un abus de droit ne transgresse pas nécessairement le principe de la bonne foi. Un Etat pourrait dès lors voir sa responsabilité engagée pour avoir fait usage de son pouvoir dans un but autre que celui pour lequel le pouvoir lui est reconnu par l'ordre juridique international.

En ce qui concerne l'abus de droit dans le droit des investissements, l'examen de la pratique arbitrale révèle que l'abus de droit est clairement reconnu s'agissant du comportement des investisseurs privés ²⁸⁴. En revanche, pour ce qui est des comportements étatiques, l'abus de

²⁸⁴ CIRDI, *Abaclat c. Argentine*, aff. n°ARB/07/5, décision sur la compétence et sur la recevabilité du 4 août 2011, §646 : « [...] *the theory of abuse of rights is an expression of the more general principle of good faith. The principle of good faith is a fundamental principle of international law,*

droit est presque introuvable. On peut certes admettre que « (a)buse of governmental powers (...) is at the core of the good-governance standards embodied in investment protection treaties »²⁸⁵.

L'abus de droit est d'ailleurs souvent invoqué par l'investisseur au stade des exceptions préliminaires ou pour étayer une allégation de violation du standard du traitement juste et équitable²⁸⁶. Cependant, le concept ne figure pas en tant que tel dans les accords de promotion et de protection des investissements (APPI).

Par conséquent, les standards de protection des investissements ont été conçus comme limites à l'exercice abusif des droits de l'Etat hôte et surtout de son pouvoir normatif lato sensu, autrement dit que la doctrine de l'abus de droit se trouve à l'origine du développement de ces standards. Une analyse cohérente des mêmes standards sous cet angle pourrait permettre de redéfinir davantage les contours de la protection due aux investisseurs étrangers et de la même façon, de préciser la marge de la liberté normative de l'Etat hôte.

Le droit international des investissements est particulièrement riche de standards de traitement et de protection. La mise en œuvre de ces règles et standards obéit à deux logiques différentes. On en distingue traditionnellement deux catégories, directs et indirects. Les premiers sont parfois désignés absolus ou non contingents, tandis que les seconds seraient contingents ou relatifs. À ce titre, il convient d'étudier successivement les standards directs de traitement (Section 1) et les standards indirects de traitement (Section 2).

as well as investment law. As such, the Tribunal holds that the theory of abuse of rights is, in principle, applicable to ICSID proceedings ».

²⁸⁵ CNUDCI (ALENA), *Thunderbird c. Mexique*, opinion séparée de Th. WÄLDE, 1^{er} décembre 2005, §13.

²⁸⁶ Voy., p. ex., CNUDCI (ALENA), *Merrill & Ring Forestry c. Canada*, affaire administrée par le CIRDI, sentence du 31 mars 2010, §§ 155-157 et, pour un autre exemple récent, Tribunal ad hoc (ALENA), *Mesa Power c. Canada*, mémoire du demandeur, 20 novembre 2013, §§ 379-387 (rendu public le 15 mai 2015).

Section 1 - Les standards directs de traitement

Les règles et standards directs de traitement sont d'une grande diversité. En effet, l'Etat d'accueil de l'investissement est soumis au respect de différentes obligations. Ainsi, Le standard du traitement juste et équitable, au fondement coutumier est celui qui, dans le développement du contentieux international de l'investissement a connu le plus d'évolutions et raffinements en se déclinant en un grand nombre de sous-principes.

De même, le standard de pleine et entière protection et sécurité également coutumier met à la charge de l'État d'accueil de l'investissement une obligation d'assurer la protection physique et, de manière moins affirmée, juridique de l'investisseur étranger.

De plus, la protection des investisseurs étrangers impose un encadrement du mécanisme d'expropriation qui est devenue une mesure phare du droit international de l'investissement. Enfin, les investisseurs étrangers bénéficient d'une garantie de libre transfert. Cette règle d'apparence purement technique pourrait, en cas de violation, largement priver d'effets les règles et standards de traitement et de protection préalablement présentés.

Tandis que le standard du traitement juste et équitable et le standard de pleine et entière protection et sécurité apparaissent comme des obligations de moyen à la charge de l'Etat d'accueil (§1), la réglementation de l'expropriation et le droit de libre transfert garantissent un environnement juridique à l'investisseur étranger (§2).

§1 - Les obligations de moyen

Les standards de traitement juste et équitable (fair and equitable treatment) et de pleine et entière protection et sécurité sont au fondement du droit international de l'investissement. Ces règles mettent une obligation de moyen à la charge de l'Etat d'accueil.

La naissance du standard du traitement juste équitable résulte d'une affirmation conventionnelle. En effet, la première référence au « traitement juste et équitable » de l'investisseur apparaît dans la Charte de La Havane visant à créer l'Organisation internationale du commerce en 1948. L'article 11 de ce traité, jamais entré en vigueur, recommandait la conclusion d'accords internationaux visant « à assurer un traitement juste et équitable en ce qui concerne l'effort d'entreprise, les compétences techniques, les capitaux, les procédés ou techniques apportés d'un État membre dans un autre »²⁸⁷.

Dans un cadre régional, l'accord économique de Bogota (non entré en vigueur) énonçait : « Les capitaux étrangers recevront un traitement équitable. Les États conviennent par conséquent de ne pas prendre de mesures injustifiées, déraisonnables ou discriminatoires qui seraient préjudiciables aux droits ou aux intérêts légitimement acquis par des ressortissants d'autres pays en raison de l'effort d'entreprise, des capitaux, des compétences techniques, des procédés ou des techniques qu'ils auraient fournis »²⁸⁸.

Le standard du traitement juste et équitable est une clause désormais classique des instruments bilatéraux de promotion et de protection de l'investissement. Ainsi, même les États qui soumettaient l'investissement étranger à un contrôle strict et privilégiaient le recours au standard du traitement national comme les États sud-américains au nom de la doctrine Calvo, ou la République populaire de Chine insèrent désormais systématiquement la référence au traitement juste et équitable dans leurs engagements internationaux en matière

²⁸⁷ Charte de La Havane instituant une Organisation internationale du commerce, 24 mars 1948, art. 11. 2. a. i.

²⁸⁸ Accord économique de Bogota, 1948, art. 22, cité par OCDE, La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements : OCDE, 2004, spéc. p. 4.

d'investissement. On peut ainsi affirmer qu'à l'exception de quelques traités conclus par de rares États asiatiques (Pakistan, Arabie saoudite, Singapour), le standard est inclus dans la quasi-totalité des TBI.

Les relations France – Qatar n'ont pas fait exception à la règle. En effet, les investissements entre la France et le Qatar sont protégés par le standard du traitement juste et équitable. À ce titre, « Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer un traitement juste et équitable conformément aux principes du droit international, aux investissements des investisseurs de l'autre Partie réalisés sur son territoire et dans sa zone maritime en conformité avec sa législation et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait »²⁸⁹.

Le standard du traitement juste et équitable découle du standard plus ancien de traitement minimum des étrangers. Il s'agit de considérer que l'État ne saurait aller en dessous d'un certain seuil de traitement des étrangers (et notamment des investisseurs étrangers) quel que soit le traitement réservé à ses nationaux. Ce standard joue ainsi un rôle de plancher en dessous duquel il ne saurait être question de descendre dans le traitement auquel l'État soumet les étrangers.

Le contenu de ce standard de protection est très large. En effet, Le respect du traitement juste et équitable est d'abord régi par le principe de transparence. Afin de programmer son investissement et de se conformer à celles-ci, l'investisseur doit pouvoir avoir connaissance en amont de toutes les règles et réglementations – ainsi que de leurs objectifs – qui s'appliqueront à son activité ou pourraient l'affecter. Certains instruments internationaux relatifs à l'investissement comportent une disposition spécifique relative à l'obligation de transparence²⁹⁰.

²⁸⁹ Article 3, accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'État du Qatar sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements signé à Doha le 8 juillet 1996.

²⁹⁰ Accord de libre-échange nord-américain, Washington, 17 déc. 1992, art. 1802. – Modèle finlandais de TBI, 2001, art. 5.

Le principe est affirmé de manière très claire dans la sentence Tecmed rendue en application de l'ALENA : « ambiguity and uncertainty which are prejudicial to the investor in terms of its advance assessment of the legal situation surrounding its investment and the planning of its business activity and its adjustment to preserve its rights »²⁹¹.

L'obligation de transparence pesant sur l'État porte non seulement sur les règles de droit propres à l'activité de l'investisseur, mais aussi les règles générales applicables en matière fiscale, de protection sociale, de la santé ou de l'environnement, d'organisation administrative, etc. Certains instruments conventionnels étendent l'obligation de transparence aux projets de réglementation ou législation préparés par l'État d'accueil de l'investissement²⁹².

Il s'agit ainsi de s'assurer que l'investisseur peut prendre des décisions en toute connaissance de cause. Sur le fondement du principe de transparence, les investisseurs ont le droit de savoir en toutes circonstances quel régime juridique est applicable à leur opération ou peut l'affecter. Il convient d'éviter les situations de doute ou de flottement. Lorsqu'une telle situation survient, l'État a l'obligation d'assurer que les investisseurs puissent agir en ayant le sentiment de le faire conformément au droit national.

En outre, le standard du traitement juste et équitable impose une protection contre le déni de justice. La protection contre le déni de justice constitue la première manifestation de l'affirmation du standard de traitement minimum des étrangers. La caractéristique essentielle du déni de justice serait une administration gravement inadéquate de la justice.

²⁹¹ T. CIRDI (MS), 29 mai 2003, aff. n° ARB(AF)/00/2 (ALENA), Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. c/ Mexique, spéc. § 172 : JDI 2004, chron. 7, p. 213.

²⁹² Accord entre le Japon et la République du Pérou pour la promotion, la protection et la libéralisation de l'investissement, Lima, 21 nov. 2008, art. 9.

La notion est ainsi placée au cœur de la décision Neer ²⁹³. Il apparaît à la lecture de ce précédent qu'est retenue une conception large du déni de justice. Les arbitres relèvent ainsi que « it is immaterial whether the expression 'denial of justice' be taken in that broad sense in which it applies to acts of executive and legislative authorities as well as to acts of the courts, or whether it is used in a narrow sense which confines it to acts of judicial authorities only » (Neer, préc., spéc. § 4). Le standard ainsi envisagé apparaît susceptible de renvoyer à de nombreuses réalités au-delà du seul fonctionnement défectueux de l'appareil judiciaire de l'État.

Mais la commission d'arbitrage mixte de l'affaire Neer retient malgré tout une conception restrictive du déni de justice en ce que celui-ci ne serait constaté qu'en cas de mauvaise foi de l'État ou d'intention malveillante. La pratique contemporaine maintient le principe selon lequel la qualification de déni de justice est un standard élevé mais a abandonné l'exigence de mauvaise foi ou d'intention malveillante de l'État pour établir son existence ²⁹⁴.

La relation entre le traitement juste et équitable et la protection contre le déni de justice est telle que le modèle de TBI des États-Unis (version de 2012) précise spécifiquement que « fair and equitable treatment » includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world » (Modèle de TBI des États-Unis d'Amérique, 2012, art. 5.2.a).

De plus, le standard du traitement juste et équitable pose une interdiction des mesures arbitraires ou discriminatoires. En effet, certains traités d'investissement précisent dans la disposition consacrée au traitement juste et équitable que l'État doit s'abstenir de toute

²⁹³ (Commission d'arbitrage mixte Mexique/États-Unis, 15 oct. 1926, L.F.H. Neer and Pauline Neer (États-Unis d'Amérique) c/ Mexique : RSA, vol. IV, spéc. p. 60).

²⁹⁴ (CPA, 30 mars 2010, aff. n° 34877, Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company c/ Équateur, spéc. § 244).

mesure discriminatoire ou arbitraire ²⁹⁵. Il est acquis que même en l'absence d'une telle référence, sur le fondement du standard, l'État aura l'obligation de ne pas adopter à l'encontre de l'investisseur des mesures arbitraires ou discriminatoires non justifiées. Enfin, ce standard est caractérisé par la protection contre le harcèlement et la protection des attentes légitimes de l'investisseur.

Le standard du traitement juste et équitable inclut une exigence de protection de l'investisseur contre le harcèlement de la part de l'État d'accueil ²⁹⁶. Cette protection contre le harcèlement couvre non seulement les hypothèses dans lesquelles l'investisseur serait soumis à des complications administratives systématiques et injustifiées imposées par les autorités de l'État d'accueil, mais inclut également les cas de pressions, mesures de coercition et menaces ou intimidations dont l'État se rendrait coupable à l'endroit de l'investisseur. Cela peut se traduire par des poursuites pénales abusives, des mesures de privation de liberté, la saisie des biens ou toute mesure de ce type qui interféreraient gravement avec la gestion de l'investissement en étant manifestement privées de fondement juridique.

Dans la pratique contentieuse, cette déclinaison du standard juste et équitable est principalement invoquée par l'investisseur dans le contexte de menaces, de poursuites judiciaires injustifiées ou de violences physiques dont il serait la cible ²⁹⁷. Envisagée ainsi, l'exigence de protection contre le harcèlement renvoie assez largement au standard, courant dans les instruments d'investissement, de pleine et entière protection et sécurité qui s'exprime principalement en une obligation de protection physique de l'investisseur.

²⁹⁵ Accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et le Sultanat d'Oman, 17 janv. 2009, art. 2.2.

²⁹⁶ (T. CIRDI, 1er juin 2009, aff. n° ARB/05/15, *Waguieh Elie George Siag & Clorinda Vecchi c/ Égypte*, spéc. § 450).

²⁹⁷ (T. CIRDI, 6 févr. 2008, aff. n° ARB/05/17, *Desert Line Projects LLC c/ Yémen*, spéc. § 179 : JDI 2009, chron. 2, p. 332, spéc. 342).

La protection des attentes légitimes de l'investisseur est une manifestation récente du standard du traitement juste et équitable. Il s'agit d'assurer une protection aux attentes générées par l'État dans le chef de l'investisseur. Affirmer que l'investisseur étranger nourrit des attentes est une évidence, plus délicate est la détermination des conditions dans lesquelles celles-ci seront considérées légitimes, et à ce titre protégées par le standard du traitement juste et équitable. Ce pourrait être le cas lorsque les attentes légitimes sont nées de représentations que se faisait l'investisseur de l'action de l'État et en fonction desquelles il a déterminé les modalités de poursuite de son activité économique.

Il en résulte que les investisseurs étrangers bénéficient d'une large protection au titre du standard du traitement juste et équitable. Cette protection est d'autant plus confortée par le standard de pleine et entière protection et sécurité.

La doctrine de l'abus de droit apparaît en filigrane dans l'interprétation contemporaine du standard du traitement juste et équitable. L'émergence de standards coutumiers (standard minimum) ou conventionnels (traitement juste et équitable) a rendu largement inutile le recours au concept d'abus de droit.

Dès lors, même si on admet que le standard du traitement juste et équitable constitue une manifestation de la bonne foi, voire qu'il découle de la norme prohibitive de l'abus de droit, il ne saurait leur être assimilé complètement. Cependant, s'il est évident que la doctrine de l'abus de droit a contribué à la formation de ces standards, la teneur exacte de ces mêmes standards peut être identifiée par référence à l'abus de droit. Dans la pratique arbitrale, l'interprétation du standard du traitement juste et équitable repose sur des concepts qui renvoient aux différentes composantes, subjectives et objectives, de la doctrine de l'abus de droit.

Par ailleurs, l'investisseur est protégé par le standard de pleine et entière protection et sécurité. L'investisseur peut, sur le territoire de l'État d'accueil être confronté à des situations de fait perturbant, parfois gravement, son investissement. Il peut s'agir de situations de

troubles sociaux, de guerre civile, d'opérations militaires ou de problèmes d'insécurité entendus au sens large. Face à ce type de risque pour l'investisseur et son investissement, les États ont élaboré et inscrit dans la très grande majorité des instruments internationaux relatifs à l'investissement le standard de pleine et entière protection et sécurité.

Les formulations varient assez peu mais on peut trouver dans quelques traités internationaux des références à une obligation d'assurer une protection et une sécurité les plus constantes possible ²⁹⁸ ou une sécurité intégrale ²⁹⁹. Quelle que soit la formulation retenue, il est admis que le standard de pleine et entière protection et sécurité relève du droit international coutumier et est régulièrement inscrit dans la même disposition que le standard du traitement juste et équitable.

Ce standard met à la charge de l'État une obligation de moyen. En vertu de cette obligation, l'État doit se comporter comme cela serait légitimement attendu dans des circonstances analogues d'un gouvernement bien administré ³⁰⁰. Ce standard de traitement se trouve consacré en ce qui concerne les relations entre la France et le Qatar. En effet, « les investissements effectués par des investisseurs de l'une ou l'autre des Parties contractantes bénéficient sur le territoire et dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, d'une protection et d'une sécurité pleines et entières »³⁰¹.

Le standard vise à assurer la protection de l'investisseur contre, d'une part des agissements des organes de l'État et spécialement de ses forces de sécurité (police, armée), mais aussi

²⁹⁸ Traité sur la Charte de l'énergie, Lisbonne, 17 déc. 1994, art. 10.

²⁹⁹ Accord de libre-échange nord-américain, Washington, 17 déc. 1992, art. 1105.

³⁰⁰ T. CIRDI, 28 juill. 2009, aff. n° ARB/07/21, Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Grèce) c/ Albanie, spéc. § 77-81.

³⁰¹ Article 5, l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Qatar sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Doha le 8 juillet 1996.

d'autre part de groupes ou entités non étatiques. Il relève de l'évidence que si un organe de l'État, une personne ou un groupe de personnes agissant pour le compte de l'État porte atteinte à l'investissement ou à l'investisseur, la responsabilité de l'État pourra être engagée (sous réserve de la satisfaction des autres conditions d'établissement de la relation de responsabilité). Mais la responsabilité de l'État pourra également être engagée pour violation du standard de pleine et entière protection et sécurité quand bien même les faits à l'origine du dommage ne seraient pas attribuables à l'État.

Cela découle de la nature de l'obligation posée par le standard. Il s'agit pour l'État de mettre en œuvre les moyens raisonnables pour assurer la protection et la sécurité de l'investisseur et de son investissement. Dès lors, l'État aura l'obligation de tenter d'empêcher ou de réprimer les dommages causés à l'investisseur par des personnes privées. Ainsi, « where a host state fails to grant full protection and security, it fails to act. to prevent actions by third parties, that it required to prevent »³⁰². Dans de telles circonstances, ce sont spécialement les atteintes physiques dirigées contre l'investisseur qui sont visées.

Le standard de pleine et entière protection et sécurité a trait à la protection physique de l'investisseur et de ses biens³⁰³. Ce lien entretenu avec la protection physique est si constant que certains traités d'investissement en font directement état en consacrant le standard de pleine protection et sécurité physiques³⁰⁴. Quand bien même une telle précision serait absente, de nombreux tribunaux arbitraux font de la protection et de la sécurité physiques l'élément essentiel du standard de pleine et entière protection et sécurité³⁰⁵.

En faire la dimension essentielle du standard n'en fait pas la dimension exclusive. Ainsi, les arbitres de l'affaire *Azurix c/ Argentine* ont pu affirmer que le standard de pleine protection et

³⁰² Stockholm Chamber of Commerce, 27 mai 2007, aff. n° 088/2004, *Eastern Sugar B.V. (Pays-Bas) c/ République tchèque*, spéc. § 203.

³⁰³ Ch. Schreuer, *Full Protection and Security* : *Journal of international dispute settlement* 2010, n° 2, spéc. p. 354.

³⁰⁴ Accord sur la protection et l'encouragement réciproques des investissements entre l'Érythrée et le Royaume des Pays-Bas, 2 déc. 2003, art. 3.1.

³⁰⁵ T. ad hoc, CNUDCI, 17 mars 2006, *Saluka B.V. (Pays-Bas) c/ République tchèque*, spéc. § 483.

sécurité pouvait être violé même en l'absence de violence physique dirigée contre l'investisseur ou son investissement ³⁰⁶. Il s'agit notamment de considérer, comme le font expressément certains traités ³⁰⁷ que le standard couvre également l'hypothèse de la sécurité juridique de l'investisseur et de son investissement.

La question est controversée et renvoie à celle de l'équivalence entre le standard conventionnel de pleine et entière protection et sécurité et son pendant coutumier. Pour beaucoup, si le standard conventionnel n'est que l'équivalent du standard coutumier, dès lors, la protection visée se limiterait à la protection physique³⁰⁸.

Les standards du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité poursuivent un même objectif de protection de l'investisseur et de son investissement mais sont caractérisés par des contenus distincts bien qu'entremêlés ³⁰⁹.

³⁰⁶ T. CIRDI, 14 juill. 2006, aff. n° ARB/01/12, *Azurix Corp. c/ Argentine*, spéc. § 406 : JDI 2007, chron 3, p. 255.

³⁰⁷ Traité entre la République fédérale d'Allemagne et la République argentine pour la promotion et la protection réciproques des investissements, Bonn, 9 avr. 1991, art. 4.1.

³⁰⁸ C. Titi, *Full Protection and Security, Arbitrary or Discriminatory Treatment and the Invisible EU Model BIT* : *Journal of World Investment & Trade* 2014, spéc. p. 542.

³⁰⁹ T. CIRDI, 6 nov. 2008, aff. n° ARB/04/13, *Jan de Nul N.V. et Dredging N.V.*, spéc. § 269.

§2 - La garantie d'un environnement juridique favorable

La doctrine de l'abus de droit se trouve à l'origine du régime contemporain de l'expropriation. Les conditions de licéité d'une expropriation constituent même des garanties contre l'exercice abusif du pouvoir d'exproprier.

Tous les accords de protection de l'investissement contiennent une disposition relative à la protection de l'investisseur étranger contre une expropriation décidée et mise en œuvre par l'État d'accueil. Ce régime conventionnel vient compléter ou préciser un ensemble de règles coutumières dont la formulation a connu un raffinement constant.

L'expropriation peut être directe ou indirecte. Quand le droit international de l'investissement s'est développé afin que l'investisseur étranger soit protégé contre les mesures susceptibles d'être adoptées par l'État d'accueil, étaient prioritairement visées les mesures directes de dépossession.

Au-delà de l'expropriation directe dont l'objet est la prise de possession des biens et avoirs comme l'exprime la formule anglaise de « taking of property », le droit international de l'investissement entend encadrer les mesures ayant des effets semblables à une expropriation mais dont l'objet n'est pas la prise de possession des biens de l'investisseur. Ce sont ces mesures qui constituent aujourd'hui le cœur du contentieux international de l'expropriation. L'expression la plus large et la plus courante est celle d'expropriation indirecte.

L'expropriation indirecte se caractérise par une absence de transfert formel des biens et avoirs de l'investisseur étranger. Des mesures prises par l'État peuvent, sans poursuivre un objectif de transfert de propriété, produire pour l'investisseur des effets assimilables à ceux d'une expropriation directe ; la perte totale ou substantielle de l'investissement. Il s'agit donc de désigner sous les termes d'expropriation indirecte les mesures prises par l'État qui interfèrent

d'une manière telle avec les droits de propriété de l'investisseur que ceux-ci deviennent inutiles.

Les instruments conventionnels de protection de l'investissement visent le plus souvent l'expropriation directe et indirecte. « Les Parties contractantes ne prennent pas de mesures d'expropriation ou de nationalisation ni aucune autre mesure dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement, les nationaux et sociétés de l'autre Partie contractante des investissements leur appartenant [...] si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier »³¹⁰.

Ainsi, l'expropriation doit poursuivre un but d'intérêt général ou une cause d'utilité publique, être réalisée d'une manière non discriminatoire et respectueuse *du due process of law* et être accompagnée d'une compensation juste, prompte et adéquate. Le droit d'exproprier est ainsi encadré par le droit international.

La doctrine de l'abus de droit se trouve à l'origine du régime contemporain de l'expropriation. Les conditions de licéité d'une expropriation constituent même des garanties contre l'exercice abusif du pouvoir d'exproprier. L'expropriation arbitraire ou « abusive » désigne la dépossession infligée par l'Etat hôte à un investisseur étranger en méconnaissance des conditions posées par les normes internationales encadrant l'exercice du pouvoir d'expropriation.

Ces conditions constituent une concrétisation de la doctrine de l'abus de droit puisqu'elles sont destinées à empêcher l'exercice abusif du pouvoir d'exproprier. Une expropriation ne respectant pas les conditions posées par le droit international, général ou conventionnel, serait

³¹⁰ Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement du Royaume de Bahreïn sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Paris, 24 févr. 2004, art. 5.2 : JO 21 oct. 2005, n° 246, spéc. p. 16684.

dès lors « illicite » sans qu'il ne soit nécessaire d'invoquer à titre autonome l'existence d'un abus de pouvoir d'exproprier.

Encore une fois, ce standard trouve une application dans les relations France-Qatar. En effet, l'article 5 de l'accord du 8 juillet 1996 reprend les conditions de licéité d'une expropriation en disposant que « les Parties contractantes ne prennent pas de mesures d'expropriation ou de nationalisation ou toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement, les investisseurs de l'autre Partie des investissements leur appartenant sur leur territoire et dans leur zone maritime, si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier ».

Par ailleurs, les instruments internationaux de promotion et de protection de l'investissement accordent à l'investisseur la garantie de libre transfert du capital initialement investi ainsi que des bénéfices, dividendes et produits de la liquidation de l'investissement. La reconnaissance de la garantie est ancienne. On estime que les premières clauses de ce type sont apparues dans les traités d'amitié, de commerce et de navigation conclus dès la fin du XIXe siècle par les États-Unis³¹¹.

Les dispositions relatives au libre transfert sont l'objet d'une précision croissante dans les instruments conventionnels. Ainsi le TBI conclu en 2007 entre la France et le Sénégal prévoit que « [c]haque Partie contractante, sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle des investissements ont été effectués par des investisseurs de l'autre Partie contractante, accorde à ces investisseurs le libre transfert : a) des intérêts, dividendes, bénéfices et autres revenus courants ; b) des redevances découlant des droits incorporels désignés au paragraphe 1, lettres d) et e) de l'Article 1er ; c) des versements effectués pour le remboursement des emprunts régulièrement contractés ; d) du produit de la cession ou de la liquidation totale ou partielle de l'investissement, y compris les plus-values du capital investi ; e) des indemnités de dépossession ou de perte prévues à l'Article 6, paragraphes 2 et 3 ci-dessus [expropriation et

³¹¹ Traité de commerce et de navigation États-Unis d'Amérique – Serbie, 14 oct. 1881, art. II.

perles liées à la guerre] »³¹². De même, ce standard s'applique aux relations France – Qatar par une disposition rédigée dans les mêmes termes³¹³.

Cette disposition traditionnelle du droit international des investissements vient limiter la possibilité pour l'État d'accueil d'exercer comme il l'entend sa souveraineté monétaire. Elle est susceptible de générer des contentieux importants lorsqu'un État est confronté à une crise financière majeure et souhaite exercer un contrôle des changes particulièrement strict comme ce fut le cas de l'Argentine dans les suites de la crise de 2001-2002 ou du Venezuela à partir de 2003.

L'application de la clause de libre transfert est le plus souvent limitée aux flux financiers sortant de l'État d'accueil de l'investissement, mais certains instruments, spécialement les TBI conclus par les États-Unis, incluent également dans le champ d'application de celle-ci les mouvements de capitaux en provenance de l'État de nationalité de l'investisseur et à destination de l'État d'accueil de l'investissement³¹⁴.

Les États ne se contentent pas de poser conventionnellement le principe de libre transfert ; un régime juridique raffiné encadre ce principe. Il est traditionnellement prévu que l'État devra assurer que le transfert peut être opéré sans délai ou sans retard. Il est évident qu'une telle formulation renvoie à la technique du standard et que le transfert sera en pratique soumis à un délai raisonnable. Certains instruments sont particulièrement précis sur cette question. Ainsi, le TBI Suisse – Chine prévoit que le transfert sera effectué sans délai, mais un protocole

³¹² Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République du Sénégal sur la promotion et la protection réciproques des investissements, Dakar, 26 juill. 2007, art. 7 : JO 27 juill. 2010, n° 171, spéc. p. 13839.

³¹³ Article 6, l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Qatar sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Doha le 8 juillet 1996.

³¹⁴ Traité entre le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement de la République du Rwanda concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Kigali, 19 févr. 2008, art. 7.1.

additionnel au traité énonce que pour la République populaire de Chine, un « transfert sera réputé avoir eu lieu 'sans délai' [...] s'il a été effectué dans le délai normalement requis pour l'accomplissement des formalités de transfert.

Ce délai commencera à courir le jour où la demande de transfert aura été soumise en bonne et due forme à l'autorité compétente en matière de changes, et n'excédera en aucun cas deux mois »³¹⁵. Les traités d'investissement consacrent régulièrement des dispositions relatives à la monnaie dans laquelle le transfert pourra être opéré. Certains TBI sont sur ce point assez restrictifs.

Ainsi, lorsqu'un investisseur a été confronté au strict contrôle des changes mis en place par les autorités de Caracas à partir de 2003, celui-ci a saisi un tribunal CIRDI en invoquant une violation de la clause de libre transfert inscrite dans le TBI Venezuela – Pays-Bas. Le tribunal considérera que la clause de transfert de ce TBI autorisait les restrictions légitimes telles que l'instauration d'un régime de contrôle des changes, et la violation ne pouvait être constatée dans la mesure où l'investisseur pouvait toujours rapatrier ses fonds via le marché parallèle³¹⁶.

Une telle solution n'aurait pas été envisageable si la rédaction de la clause de libre transfert avait été plus restrictive. Ainsi, les TBI conclus par la France précisent que « [l]es transferts visés aux paragraphes précédents sont effectués sans retard au taux de change normal officiellement applicable à la date du transfert »³¹⁷.

Comme pour les autres règles et standards de protection et de traitement, l'impossibilité pour l'investisseur de bénéficier du libre transfert ne pourra engager la responsabilité de l'État

³¹⁵ Accord entre le Conseil fédéral suisse et le gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection réciproques des investissements, Berne, 27 janv. 2009, prot., ad. art. 5.b.

³¹⁶ T. CIRDI, 10 mars 2015, aff. n° ARB/11/25, *OI European Group B.V. c/ Venezuela*, spéc. § 622.

³¹⁷ Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République bolivarienne du Venezuela sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Caracas, 2 juill. 2001, art. 6 : JO 30 avr. 2004, n° 102, spéc. p. 7774.

d'accueil de l'investissement qu'à la condition que le fait générateur de cette impossibilité lui soit imputable. Ce ne sera pas le cas lorsqu'est en cause l'absence de libération d'une garantie par une entreprise partenaire de l'investisseur³¹⁸.

Si le principe du libre transfert n'est pas remis en cause, il est fréquent que les dispositions conventionnelles relatives à celui-ci mettent à la charge de l'investisseur l'obligation de se conformer au droit interne de l'État d'accueil. Ainsi, les traités d'investissement conclus par la Suisse indiquent fréquemment que les « transferts seront effectués au taux de change applicable à la date du transfert, conformément à la réglementation des changes en vigueur de la Partie Contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été effectué »³¹⁹.

Il est constant de rappeler que la clause de libre transfert n'est pas sans limite. Même si certains États défendent une conception absolue de cette liberté (notamment le Royaume-Uni, la Suisse ou la Belgique), les instruments internationaux relatifs à l'investissement incluent fréquemment des dispositions venant limiter l'obligation faite à l'État d'assurer à l'investisseur le libre transfert des fonds liés à son investissement.

L'une des formulations les plus courantes, notamment dans la pratique française, consiste à affirmer que « lorsque, dans des circonstances exceptionnelles, les mouvements de capitaux en provenance ou à destination de pays tiers causent ou menacent de causer un déséquilibre grave pour la balance des paiements, chacune des Parties contractantes peut temporairement appliquer des mesures de sauvegarde relatives aux transferts, pour autant que ces mesures

³¹⁸ T. ad hoc, CNUDCI, 30 nov. 2011, *White Industries Australia Limited c/ Inde*, spéc. § 13.2.4.

³¹⁹ Accord entre le Conseil fédéral suisse et le gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, Berne, 30 nov. 2004, art. 5.2.

soient strictement nécessaires, appliquées sur une base équitable, non discriminatoire et de bonne foi et qu'elles n'excèdent pas une période de six mois »³²⁰.

La même exigence d'application équitable, non discriminatoire et de bonne foi de la législation permet également de restreindre la liberté de transfert pour assurer la protection des créanciers, le respect des lois sur l'émission, le commerce et l'échange d'obligations et l'exécution des décisions judiciaires³²¹.

³²⁰ Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République du Sénégal sur la promotion et la protection réciproques des investissements, Dakar, 26 juill. 2007, art. 7 : JO 27 juill. 2010, n° 171, spéc. p. 13839.

³²¹ Traité sur la Charte de l'énergie, Lisbonne, 17 déc. 1994, art. 14.4.

Section 2 - Les standards indirects de traitement : l'obligation de non-discrimination

Les standards indirects de traitement posent une obligation de non-discrimination que sont le principe du traitement national et la clause de la nation la plus favorisée. Ces standards sont caractérisés par des conditions de mise en œuvre, sinon parfaitement identiques, au moins obéissant à une même logique de renvoi mobile à des normes extérieures. Ces deux standards peuvent, dans des circonstances spécifiques être amenés à interagir l'un avec l'autre.

À l'instar du droit international des échanges, le droit international des investissements, accorde une place privilégiée aux standards visant à assurer qu'aucune discrimination ne pourra être opérée en raison de la nationalité entre des acteurs économiques placés dans des situations semblables.

La clause de la nation la plus favorisée pose un principe d'égalité entre des investisseurs étrangers en assurant un alignement sur le régime le plus favorable dont bénéficie l'un d'entre eux. Le principe du traitement national impose à l'État, dans la grande majorité des instruments, d'accorder à l'investisseur étranger un traitement qui n'est pas moins favorable que celui accordé à un investisseur national.

Il n'est donc pas nécessairement question d'égalité entre investisseurs nationaux et investisseurs étrangers, sauf quand, comme c'est le cas dans quelques rares instruments conventionnels ou concertés non-conventionnels, est acceptée une exigence de traitement identique³²².

³²² Code d'investissement communautaire de la Communauté économique des pays des grands lacs (CEPGL), 31 janv. 1982, art. 9.

Les investissements entre la France et le Qatar sont soumis au respect de l'obligation de non-discrimination. En effet, « chaque Partie contractante applique, sur son territoire et dans sa zone maritime, aux investisseurs de l'autre Partie, en ce qui concerne leurs investissements et activités liées à ces investissements, un traitement non moins favorable que celui accordé à ses investisseurs, ou le traitement accordé aux investisseurs de la nation la plus favorisée, si celui-ci est plus avantageux »³²³. A ce titre les nationaux autorisés à travailler sur le territoire et dans la zone maritime de l'une des Parties contractantes doivent pouvoir bénéficier des facilités matérielles appropriées pour l'exercice de leurs activités professionnelles ».

Les standards du traitement national et de la nation la plus favorisée obéissent à deux séries de conditions de mise en œuvre. Une base légitime de comparaison doit exister entre deux investisseurs ou deux investissements et on doit constater que l'un bénéficie d'un traitement plus favorable que l'autre. Il convient de définir successivement le principe du traitement national (§1) et la clause de la nation la plus favorisée (§2).

§1 - Le principe du traitement national

Le standard du traitement national pose une interdiction de la discrimination défavorable à l'investisseur étranger. Parfois présenté comme la norme la plus politiquement et économiquement sensible du droit international des investissements, le standard du traitement national concerne les relations entre l'État hôte, les investisseurs nationaux et les investisseurs étrangers³²⁴.

³²³ Article 4, l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Qatar sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Doha le 8 juillet 1996.

³²⁴ OECD, National Treatment of International Investment in South East European Countries – Measures providing Exceptions : OECD, 2003, spéc. p. 1.

Avec le développement du recours aux traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements, le principe du traitement national commande de ne pas traiter l'investisseur étranger d'une manière plus défavorable que l'investisseur national. Une formulation classique est utilisée à l'article 4 du TBI conclu en 2001 entre la France et Bahreïn disposant que « chaque Partie contractante applique, [...] aux nationaux ou sociétés de l'autre Partie, en ce qui concerne leurs investissements et activités liées à ces investissements, un traitement non moins favorable que celui accordé à ses nationaux ou sociétés [...] »³²⁵.

Le principe du traitement national marque la volonté de l'État d'accueil de favoriser le développement sur son territoire de l'investissement étranger. Il s'agit ainsi d'assurer à l'investisseur étranger que la concurrence avec les investisseurs locaux ne sera pas faussée sur le marché local du fait de la soumission à des cadres juridiques différenciés en raison de la nationalité. En insérant le standard du traitement national dans ses engagements internationaux en matière d'investissement, l'État renonce par principe à adopter des mesures protectionnistes favorables aux investisseurs nationaux.

Sauf si celui-ci bénéficie déjà d'un traitement plus favorable, toute modification du régime juridique interne applicable à l'investissement devra profiter à l'investisseur étranger (sous réserve que celui-ci se trouve bien dans le champ d'activité et les conditions visés par la législation interne).

Plus que la clause de la nation la plus favorisée, le standard du traitement national est au cœur de vives controverses entre pays développés et pays en développement. Ainsi, les débats menés au sein de l'Organisation des Nations unies pour l'élaboration d'un code de conduite des entreprises multinationales ou transnationales furent notamment marqués par le refus de

³²⁵ Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement du Royaume de Bahreïn sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Paris, 24 févr. 2001, art. 4 : JO 21 oct. 2005, n° 246, spéc. p. 16684.

nombreux pays en développement d'accorder aux investisseurs étrangers le bénéfice du traitement national³²⁶.

Ainsi, bien que celle-ci soit très largement présente dans ces instruments, il existe encore des modèles de TBI qui ne prescrivent pas l'obligation d'accorder à l'investisseur étranger le bénéfice du traitement national (Modèle malaisien de TBI, 1998). Les premiers TBI conclus par la République populaire de Chine, la Suède ou la Norvège ne consacraient pas le principe du traitement national. Quelques modèles de TBI limitent le principe du traitement national à la compensation des dommages de guerre (Modèle iranien de TBI, 2001, art. 7. – Modèle cambodgien de TBI, 1998, art. V).

Malgré ces limites, le standard du traitement national est très largement présent dans les instruments internationaux de promotion et de protection de l'investissement, voire dans la législation nationale relative à l'investissement étranger, même s'il est certain qu'un tel engagement ne confère pas autant de garantie à l'investisseur étranger que la consécration internationale du standard³²⁷.

§2 - La clause de la nation la plus favorisée

Le standard de la nation la plus favorisée pose une interdiction de la discrimination entre investisseurs étrangers. Très ancienne, la clause de la nation la plus favorisée est une disposition conventionnelle mettant en œuvre un jeu à trois. Le dictionnaire du droit international la présente comme étant une « [d]isposition fréquemment utilisée, spécialement dans les traités de commerce, par laquelle les parties se garantissent le bénéfice d'avantages

³²⁶ P. Merciai, *Les entreprises multinationales et le droit international* : Bruylant, 1993, 414 p. – SFDI, *L'entreprise multinationale et le droit international* : Pedone, 2017.

³²⁷ World Bank, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investments*, vol. 1 : Survey of Existing Instruments : World Bank, 1992, 229 p.

plus importants que l'une d'entre elles viendrait à accorder ultérieurement à un État tiers par un autre traité portant sur la même question »³²⁸.

La définition qu'en donne la Commission du droit international des Nations unies est plus précise. Il est affirmé que « dans un domaine convenu de relations [...] [l]e traitement de la nation la plus favorisée est le traitement accordé par l'État concédant à l'État bénéficiaire, ou à des personnes ou à des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec cet État, non moins favorable que le traitement conféré par l'État concédant à un État tiers ou à des personnes ou des choses se trouvant dans le même rapport avec cet État tiers »³²⁹.

On peut considérer que la clause « à l'image d'un flotteur, [...] permet à son possesseur de se maintenir au niveau le plus élevé des obligations acceptées envers les États étrangers par l'État concédant ; s'il s'abaisse, le flotteur ne peut se transformer en ballon pour maintenir artificiellement le bénéficiaire de la clause au-dessus du niveau général des droits exercés par les autres États »³³⁰.

La pratique ancienne consistant à conditionner le bénéfice de la clause de la nation la plus favorisée au respect d'un principe de réciprocité a aujourd'hui totalement disparu, mais cela ne signifie pas, comme on le verra, que l'État qui consent à assurer le bénéfice de cette disposition ne peut pas en moduler les effets.

La clause est si fréquente dans les instruments internationaux relatifs à l'investissement qu'il est usuel de faire l'économie de l'explication de ce qu'elle implique. Ainsi, le TBI France – Bahreïn de 2004 indique, sans en préciser le mécanisme, que « [c]haque Partie contractante applique, sur son territoire et dans sa zone maritime, aux nationaux ou sociétés de l'autre

³²⁸ Dictionnaire de droit international public, J. Salmon (ss dir.) : Bruylant/AUF, 2001, spéc. p. 178.

³²⁹ Annuaire de la Commission du droit international, 1978, vol. II, 2e partie, spéc. p. 21 et 24.

³³⁰ C. Rossillion, La clause de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice : JDI 1955, spéc. p. 106.

Partie, en ce qui concerne leurs investissements et activités liées à ces investissements [...] le traitement accordé aux nationaux ou sociétés de la nation la plus favorisée »³³¹.

Malgré cette généralisation, certains instruments récents marquent la réserve de certains États à l'égard d'un tel mécanisme. Le modèle de TBI de la Communauté de développement de l'Afrique australe (Modèle de traité bilatéral d'investissement de la Communauté de développement d'Afrique australe, juin 2012, commentaire sur l'article 4) recommande aux États membres de la Communauté d'exclure totalement la clause de la nation la plus favorisée de leur pratique conventionnelle en matière d'investissement.

Le modèle indien de TBI (Modèle pour les traités bilatéraux d'investissement de l'Inde, 28 déc. 2015) consacre une telle exclusion ou l'accord de libre-échange Union européenne – Singapour précise que la clause de la nation la plus favorisée n'est applicable qu'en matière de compensation pour préjudice né d'une situation de conflit armé, d'insurrection ou de révolution³³². Bien que relativement isolées, ces exclusions récentes témoignent de la crainte que peut inspirer une telle clause aux effets potentiellement démultipliés.

³³¹ Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement du Royaume de Bahreïn sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Paris, 24 févr. 2001, art. 4 : JO 21 oct. 2005, n° 246, spéc. p. 16684.

³³² Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour, mai 2015, art. 9.5.

Conclusion du titre 1

Pour conclure, les Etats d'accueil de l'investissement s'engagent à protéger suffisamment l'IED ; garantir un traitement « juste et équitable » à l'IED ; lui réserver un traitement non-discriminatoire ; s'abstenir de prendre des « mesures équivalentes » à une expropriation. Il résulte de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'État du Qatar sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements signé à Doha le 8 juillet 1996 que les standards directs et indirects de traitement s'appliquent aux relations France-Qatar. Ainsi, les investissements entre la France et le Qatar sont protégés par ces standards de traitement.

Ces quatre obligations - relativement vastes - constituent le cœur de l'engagement international des Etats hôtes *vis-à-vis* de l'investissement étranger. A ceci s'ajoute la possibilité pour l'investisseur étranger de saisir un tribunal arbitral international pour sanctionner le non-respect des obligations étatiques précitées. L'engagement de l'Etat hôte concernant ces quatre obligations, ainsi que l'accès « facile » et direct à l'arbitrage international, sont considérés par l'investisseur étranger comme des mesures assurant son investissement.

Titre 2 - Les instruments de la protection des investissements

France-Qatar

En cas de tensions entre la France et le Qatar et d'autres pays ou de survenance de litiges entre les investisseurs, les relations d'investissements France-Qatar peuvent se voir fragiliser. Face à ces risques, le droit peut être utilisé comme un outil de protection des investissements. En effet, différents mécanismes juridiques sont à la portée de ces Etats ou des investisseurs pour remédier à ces potentiels conflits.

Seulement, ils ne vont pas tous nécessairement dans le sens de l'amélioration des relations d'investissements. En effet, effacer un litige ne permet pas toujours de reprendre ces investissements. Ainsi, la France ou le Qatar peuvent invoquer un fait dommageable pour rompre leurs relations, suspendre l'application d'un accord favorisant les relations d'investissements conclu entre eux, ou dénoncer cet accord. Mais par cette décision, les relations d'investissements s'en trouveront affectées. En outre, les investisseurs peuvent en cas de conflit, régler leur litige par la voie d'un recours juridictionnel, mais, encore une fois, le risque est à terme de rompre toute relation d'investissement. Dès lors, pour faire face aux difficultés pouvant survenir dans la relation France-Qatar et dans les opérations d'investissements, notamment par des acteurs privés, d'autres mécanismes juridiques peuvent être utilisés ou imaginés.

S'agissant, des relations entre l'Etat français et l'Etat qatari, le traitement de ces difficultés doit se faire par le biais de la diplomatie et du dialogue, afin de mener des négociations en gardant comme objectif la pérennité des échanges économiques entre ces deux Etats. Ces outils sont traditionnels, mais ils peuvent permettre l'innovation par la création d'un nouvel accord *sui generis*, un accord répondant parfaitement aux besoins et attentes de chaque Etat et faisant appel à des dispositions créées par les parties et embrassant l'esprit de consensualisme. Ces pourparlers doivent prendre en considération, à la fois, les enjeux économiques en présence qui sont l'objet des relations d'investissement et, à la fois, les enjeux extra-économiques, comme les enjeux sociaux et religieux. Et quand l'accord négocié

entre Etats sera difficilement accepté par l'opinion publique, ou par la sphère religieuse, la tentation se présentera de recourir à la discrétion et à des clauses de confidentialité.

Ensuite, concernant le champ contractuel, les Etats ou les parties peuvent régler leur conflit, soit en tranchant leur litige par la voie juridictionnelle avec l'exposition au risque de l'achèvement de toute relation contractuelle, soit en tranchant le litige par la voie amiable, par le recours à la conciliation, à la médiation, à l'arbitrage. Ces différentes voies peuvent être prévues par des clauses contractuelles, mais, là encore, persiste le risque de mettre fin aux relations d'investissement.

Il existe également la possibilité d'envisager contractuellement la survenance d'un litige et de prévoir, à l'avance, l'issue d'un conflit, sans pour autant mettre fin à la relation contractuelle entre les parties. Un ensemble de clauses contractuelles développées par les praticiens permettent d'arriver à ces fins. Il s'agit alors d'étudier les moyens juridiques de la protection des investisseurs France-Qatar (Chapitre 1) et la mise en œuvre de cette protection (Chapitre 2).

Chapitre 1 - Les moyens juridiques de la protection

La protection des investissements se matérialisent par des moyens juridiques établis par le droit international (Section 1). L'intérêt au regard de notre sujet est de s'interroger sur l'application de ces outils juridiques à la protection des investissements France-Qatar (Section 2).

Section 1 - La protection par le droit international des contrats

Les investissements France-Qatar nécessitent la conclusion d'un ou de plusieurs contrats. Le contrat d'investissement est un contrat conclu entre un opérateur économique étranger et un Etat ou toute autre personne publique, en vue de la réalisation d'un investissement par le cocontractant privé. Ne sont pas seulement visés dans cette définition les « contrats d'Etat » à savoir les contrats d'investissement « internationalisés » soustraits à l'ordre juridique interne de l'Etat partie et rattachés à l'ordre juridique international. La notion de contrat d'investissement s'étend à un champ beaucoup plus vaste (contrats clefs à main, contrats de construction, contrats de gestion ou de production).

Ces contrats d'investissements partagent trois particularités. Il s'agit tout d'abord de contrats internationaux puisqu'ils présentent un élément d'extranéité c'est-à-dire la nationalité étrangère de l'investisseur par rapport à l'Etat d'accueil.

Ils sont deuxièmement conclus par une personne privée, l'investisseur étranger, avec une personne publique, l'Etat ou une entité infra-étatique. Ils ont troisièmement pour objet la réalisation d'un investissement.

Les contrats d'investissement ne forment pas une catégorie juridique homogène. Ils peuvent être internes ou internationaux, de droit privé ou de droit public, être soumis au droit international public des investissements étrangers ou bien au droit international privé du

commerce international. L'analyse de la protection des droits des opérateurs économiques étrangers découlant du droit international des contrats implique donc de rechercher les règles applicables aux contrats d'investissement découlant tant du droit international public (§1) que du droit du commerce international (§2).

§1 - La protection découlant du droit international public

Il existe depuis longtemps des règles visant à réglementer dans un État les investissements étrangers. La matière est toutefois véritablement née lorsque sont apparus en droit international public des standards de protection des investisseurs étrangers, comme étudié précédemment.

Tout d'abord, formulés sous la forme coutumière aux XIXe et XXe siècles, ils ont ensuite été repris par certaines décisions de tribunaux internationaux. Mais c'est leur énonciation sous forme littérale dans les traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements (TBI) qui a permis à ces standards de traitement et de protection de connaître le rôle majeur qui est désormais le leur. Ils constituent aujourd'hui la principale source du droit des investissements internationaux.

Ceci est notamment dû au maillage conventionnel tissé par ces traités. Au 30 juin 2017, la CNUCED estime que plus de 2950 TBI auraient été conclus (plus de 2300 en vigueur) depuis la fin des années 1950 entre approximativement 180 États. La France a conclu une centaine de TBI. Peu restent à l'écart de ce mouvement y compris la Corée du Nord qui a ainsi conclu une vingtaine d'accords de ce type (14 sont en vigueur au 30 juin 2017). Au reste, cette effervescence conventionnelle se manifeste également par l'émergence de systèmes multilatéraux de protection des investisseurs étrangers, à l'instar de celui mis en place par l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) conclu le 17 décembre 1992.

Il est également nécessaire de mentionner le Traité sur la Charte de l'énergie de 1994 qui génère désormais un très important contentieux arbitral en matière d'investissement.

À l'évidence, la multiplication des TBI associée à la possibilité de fonder une requête arbitrale à l'encontre de l'État d'accueil directement sur l'une de leurs dispositions est à l'origine de l'essor considérable qu'a connu depuis la toute fin du XXe siècle le droit des investissements internationaux. Il est également dû à la promotion qu'opère la CNUCED des TBI comme mode de régulation de l'investissement étranger. Cet organe subsidiaire de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies estime en effet que ces traités sont de nature à favoriser l'investissement transfrontière et, par suite, la croissance économique des pays les moins développés, même si certains États et une part de la doctrine juridique et économique contestent ce point.

Cette protection s'illustre tout d'abord à travers les traités internationaux, qu'ils soient multilatéraux ou bilatéraux. En ce qui concerne les traités multilatéraux, l'instauration d'un accord multilatéral permettant une ouverture générale des marchés nationaux aux investisseurs étrangers a fait l'objet de plusieurs tentatives. Aucune d'entre elles ne fut toutefois couronnée de succès. Ainsi, dans le fil des accords du GATT, a été signée le 24 mars 1948 la Charte de La Havane visant à la création d'une Organisation internationale du commerce (OIC). L'article 12 de ce texte prévoyait que les États membres de cette organisation devaient accorder des possibilités raisonnables d'investissement aux capitaux étrangers, leur assurer des conditions suffisantes de sécurité et ne pas pratiquer de discrimination à leur égard.

Mais cette disposition n'est pas entrée en vigueur, la Charte n'ayant jamais été ratifiée. Plus récemment, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a établi dans les années 1960 un projet de traité multilatéral en matière de protection du droit de propriété des investisseurs étrangers. Mais, là encore, cette convention n'a jamais été adoptée.

L'OCDE a toutefois récidivé en élaborant et en proposant aux États en 1995 un nouveau projet de convention multilatérale à la portée plus générale. Il s'agissait d'établir un régime général de protection des investisseurs étrangers avec l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI). Le projet a été abandonné en 1998 sous la pression des États du Sud, mais aussi d'États occidentaux comme la France.

Face à ces différentes tentatives infructueuses d'adoption d'un accord multilatéral à portée générale en matière d'investissements étrangers, il y a lieu de constater qu'en l'état, seuls des instruments de portée plus limitée sont susceptibles d'emporter l'adhésion des États. Le premier de ces instruments multilatéraux ayant un impact sur le statut des investisseurs étrangers sans pour autant prétendre poser un régime général à leur intention est indéniablement le Code de libération des mouvements de capitaux adopté en 1959 par les États membres de l'OCDE.

Surtout, plus récemment, il importe de mentionner le Traité sur la Charte de l'énergie adopté à Lisbonne le 17 décembre 1994 et entré en vigueur le 16 avril 1998. Sa cinquième partie est en effet intégralement consacrée au règlement des différends entre un investisseur et un État partie, pour lequel une large place est réservée à l'arbitrage international comme en témoigne le nombre d'affaires soumises à des tribunaux arbitraux depuis l'entrée en vigueur de la Charte avec un accroissement récent de ce contentieux (la CNUCED relève que ce traité est le fondement de plus de 100 procédures arbitrales de règlement des différends relatifs aux investissements depuis son entrée en vigueur).

Dans un autre registre, en 1985, a été conclu à Séoul l'accord portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI). Rédigé sous les auspices de la Banque mondiale, ce traité entré en vigueur le 12 avril 1988 a été ratifié par 181 États, dont la France. L'objectif de l'Agence est de promouvoir les investissements dans les pays en développement en proposant aux investisseurs un système d'assurance et de garantie contre des risques aussi variés que l'inconvertibilité de la monnaie locale, l'expropriation, la rupture de contrat, la guerre, les actes de sabotage ou de terrorisme.

D'autre part, cette protection est assurée par les traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements (TBI). Le droit international des investissements est indéniablement aujourd'hui majoritairement issu des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements (TBI) que concluent entre eux les États. Apparue à la fin des années 1950, ce nouveau type de convention est venu remplacer les anciens traités d'établissement. Le contenu rédactionnel des TBI peut varier et a évolué dans le temps.

Mais il n'en reste pas moins qu'il existe en la matière de fortes récurrences, accentuées par le recours à des modèles de TBI par de nombreux États et organisations régionales (plus de 70 États ou organisations régionales ont leur propre modèle). En règle générale, ces traités comportent en effet a minima cinq types de dispositions.

En premier lieu, on y trouve des règles relatives au champ d'application du TBI, tant *ratione materiae* que *ratione loci*. La notion d'investissement y est notamment définie, de même qu'y sont identifiées les qualités que doit réunir un investisseur pour pouvoir bénéficier des dispositions du traité.

En deuxième lieu, le traité prévoit les principes applicables en matière d'accueil des investissements. Dans l'immense majorité des cas, il est reconnu à l'État hôte une grande liberté en ce domaine ; il y bénéficie généralement d'une compétence discrétionnaire.

En troisième lieu, les TBI comportent des normes relatives au traitement de l'investissement une fois celui-ci constitué. C'est alors que sont notamment précisés les standards de protection.

On y rencontre généralement une première disposition prévoyant un traitement juste et équitable suivie de l'engagement de l'État d'accueil d'accorder à l'investisseur le traitement national, classiquement associé au traitement de la nation la plus favorisée. Des principes applicables en matière de rapatriement des profits et plus généralement de transfert de fonds y sont également énoncés.

En quatrième lieu, les TBI prévoient un dispositif spécifique en matière d'expropriations. Il y est généralement prévu que celles-ci peuvent être opérées, uniquement de bonne foi et dans un but d'utilité publique. Elles doivent en outre donner lieu au versement d'une compensation appropriée.

En cinquième et dernier lieu, les TBI comportent des dispositions en matière de règlement des différends à la fois entre États parties au traité et entre investisseurs et État d'accueil. On relèvera d'ailleurs qu'à l'origine, les premiers TBI prévoyaient certes le recours à l'arbitrage, mais uniquement dans les rapports entre États. Ce n'est qu'à partir du début des années 1970 que certains TBI ont commencé à prévoir un règlement arbitral des différends nés entre l'État d'accueil et l'investisseur ressortissant de l'autre État partie.

Dans les années 1990, le règlement par l'arbitrage de ce dernier type de contentieux s'est généralisé à tous les TBI. On note néanmoins une tendance récente, bien qu'encore isolée, à conclure des traités bilatéraux de promotion et de protection de l'investissement sans inclure de disposition relative au règlement des différends investisseur-État par un tribunal arbitral³³³.

En outre, un grand nombre d'États (Inde, Indonésie, Bolivie, Afrique du sud, etc.) s'est engagé dans la dénonciation, le non-renouvellement ou la renégociation de TBI qui ont pu apparaître trop protecteurs de l'investisseur et pas assez attachés à la défense des intérêts étatiques. Quelle que soit l'orientation retenue par les États, les instruments bilatéraux les plus récents sont beaucoup plus sophistiqués que ceux, très nombreux, conclus dans les années 1990.

Outre les traités internationaux, cette protection s'illustre également à travers le droit international coutumier. La notion de contrat d'Etat a été introduite en jurisprudence et en doctrine en vue d'internationaliser la relation d'investissement. L'insertion d'une clause compromissoire renvoyant les litiges nés de la mise en contrat à une juridiction arbitrale, celle d'une clause de droit applicable au contrat renvoyant au droit interne ainsi que les clauses de stabilisation ou d'intangibilité fondaient l'idée que l'Etat avait conclu le contrat en tant que sujet souverain de l'ordre juridique international. Les contrats d'Etat étaient par conséquent soumis au droit international coutumier, en particulier à *pacta sunt servanda*, de telle sorte que l'Etat ne pouvait résilier ni modifier unilatéralement ses dispositions. La notion de contrat d'Etat visait ainsi à faire bénéficier les droits de l'opérateur économique étranger de la protection du droit international public.

³³³ Accords Brésil – Angola et Brésil – Mozambique signés en 2015.

Cette problématique est désormais résolue du fait de l'internationalisation de la relation d'investissement par le biais des traités de promotion et de protection des investissements étrangers, étudiés ci-dessus. Si le droit international public n'intervient plus sur la relation contractuelle d'investissement au titre de l'ordre juridique de base, il demeure toute de même présent au titre du droit applicable au contrat et à celui du fondement des griefs susceptibles d'être opposés par l'investisseur dans un litige avec son cocontractant.

Tout d'abord, le droit international public peut intervenir au titre du droit applicable. Dans un premier temps, le droit international public intervient dans la relation contractuelle d'investissement lorsqu'il a été expressément choisi par les parties au contrat. Conformément au principe d'autonomie, les parties à un contrat international d'investissement ont la liberté d'en choisir le droit applicable. L'article 42(1) première phrase de la Convention de Washington créant la CIRDI dispose ainsi : « le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties ».

De même, l'article 35(1) du règlement d'arbitrage de la CNUDCI par exemple indique que « le tribunal arbitral applique les règles de droit désignées par les parties comme étant celles applicables au fond du litige ». Ce principe a acquis la valeur d'un principe général commun à tous les systèmes juridiques. Il est fréquent que le droit international soit désigné par les parties au contrat en sus du droit interne de l'Etat cocontractant. Il est alors possible de transposer ce principe aux investissements France-Qatar. Ainsi, en cas de litige, la France et le Qatar auront la possibilité d'appliquer le droit international public afin de bénéficier des règles de protection qui en découlent.

En l'absence de choix des parties, c'est le tribunal qui désigne le droit applicable. En droit des investissements étrangers, l'article 42(1), deuxième phrase, de la Convention de Washington indique qu'en l'absence de choix par les parties, un tribunal du CIRDI « applique le droit de l'Etat contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois –

ainsi que les principes du droit international en la matière ». Ainsi, le droit international public intervient soit pour compléter le droit interne en cas de lacune, soit pour le corriger en cas de contrariété avec lui.

Par ailleurs, lorsque les parties au contrat ont désigné un droit applicable sans faire référence au droit international, il est également admis que ce droit peut tout de même trouver à s'appliquer. Les tribunaux du CIRDI jugent ainsi majoritairement qu'en concluant un contrat international d'investissement, les parties ne peuvent avoir délibérément entendu exclure la protection offerte par le droit international.

Ensuite, le droit international public peut intervenir au titre du fondement des demandes. Le droit international public n'est pas seulement invoqué devant les tribunaux du CIRDI comme droit applicable au règlement du litige. Il sert aussi à fonder des demandes présentées aux arbitres. Ainsi, en cas de litige au sein des investissements France-Qatar, ces derniers pourront fonder leur demande sur le droit international public.

Les procédures fondées exclusivement sur la clause compromissoire d'un contrat ne donnent pas toujours lieu à la présentation de griefs exclusivement contractuels. Les demandeurs soumettent souvent en outre des demandes fondées sur une prétendue violation par l'Etat défendeur d'obligations autres que celles inscrites dans le contrat, notamment issues du droit international coutumier. Il n'en demeure pas moins que tous les tribunaux n'admettent pas nécessairement l'admissibilité des griefs fondés sur le droit international général.

L'invoication de griefs fondés sur le droit international général à l'occasion d'un différend purement contractuel réalise une sorte de publicisation et de généralisation de l'arbitrage contractuel. Les griefs invocables sur le fondement du droit international coutumier sont variés. Ils ne témoignent pas de l'existence d'un droit international contractuel propre, qui serait spécialement applicable dans un contentieux purement contractuel. Les investisseurs font appel aux normes générales du droit international des investissements étrangers, auquel appartient le droit des contrats d'investissement, en invoquant par exemple la violation des

règles relatives aux conditions d'expropriation, à l'obligation d'indemnisation, au non-respect des standards de traitement juste et équitable, au principe de non-discrimination, étudiés dans le Titre 1.

§2 - La protection découlant du droit du commerce international

L'investissement étranger présentant des caractéristiques qui le distingue d'une opération commerciale internationale, le droit des investissements étrangers devrait de même être distinct du droit du commerce international. Il n'en demeure pas moins que certaines normes du droit du commerce international pourraient régir un contrat d'investissement. L'application du droit du commerce international au contrat d'investissement n'est possible que sous certaines conditions. L'intervention du droit du commerce international implique, par ailleurs, d'en identifier les règles applicables.

En principe, la saisine d'une juridiction, qu'elle relève de l'ordre interne ou de l'ordre international, ne détermine pas l'application d'un droit correspondant. Si le droit du commerce international peut trouver à s'appliquer à un contrat d'investissement, c'est en raison de la soumission du différend contractuel aux tribunaux arbitraux internationaux habituellement compétents en matière commerciale. La désignation de ce droit ne résulte pas seulement d'un choix effectué par les parties au contrat. Elle résulte plus souvent d'une décision en ce sens du tribunal arbitral.

Le CIRDI ne détient aucune exclusivité dans le règlement arbitral des différends relatifs à un investissement étranger. Exerçant la liberté de choix dont elles disposent, les parties peuvent soumettre leur différend à un autre centre d'arbitrage international, voire à un arbitrage *ad hoc*. Il arrive ainsi que des différends typiques du contentieux CIRDI soient soumis à la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, à l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, à la *London Court of international arbitration* (LCIA).

La désignation du droit du commerce international comme applicable au contrat d'investissement peut résulter d'un choix effectué par les parties elles-mêmes, dans une clause de droit applicable. Elle peut toutefois résulter également d'une référence possible dans le règlement d'arbitrage gouvernant la procédure engagée.

Les règlements d'arbitrage de la CNUDCI et de la CCI invitent les arbitres, voire les y contraignent, à appliquer les principes transnationaux du commerce international au règlement des litiges qui leur sont soumis. En effet, « le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat entre les parties, le cas échéant, et de tous les usages du commerce pertinents ». ³³⁴ Les dispositions du règlement d'arbitrage de la CNUDCI est formulé dans des termes proches. ³³⁵

Les contrats d'investissement peuvent contenir une clause de choix du droit applicable. Ces clauses désignent généralement un droit interne comme applicable, le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'investissement est réalisé, mais pas nécessairement. Les parties peuvent choisir de délocaliser juridiquement le contrat en le soumettant au droit interne d'un autre Etat, considéré comme neutre.

Ces clauses visent aussi parfois en outre l'application d'autres sources, selon des formules qui peuvent être ambiguës par leur imprécision ou leur généralité. Selon une étude publiée récemment, les clauses de droit applicable renvoient même parfois aux « *general standards and rules of international contract* », voire aux « *laws of natural justice* », ce qui a pu fonder l'application par les tribunaux arbitraux de principes du commerce international. Ainsi, il est possible d'envisager l'application des règles du droit du commerce international dans les investissements France-Qatar.

Une fois les conditions posées, il convient d'identifier le droit du commerce international applicable. Lorsque l'on parle des normes de droit du commerce international applicables aux

³³⁴ Article 21(2) du règlement d'arbitrage de la CCI.

³³⁵ Article 35(3) du règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

contrats d'investissements, il ne s'agit pas d'appliquer la *lex mercatoria*, la loi des marchands spécialement conçue par les opérateurs économiques pour les besoins du commerce international et applicables en principe aux seuls contrats du commerce international. En réalité, il est plutôt question de l'application de principes transnationaux considérés comme universels. Ces principes présentent en effet un certain attrait.

Le recours aux principes transnationaux dans l'arbitrage des contrats d'investissement s'illustre d'abord à travers l'application des Principes d'UNIDROIT. L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) a proposé une « codification doctrinale » des normes régissant les contrats internationaux au travers de la rédaction des « Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international » publiée en 1994.

Le préambule des Principes indique que sont « énoncées des règles générales propres à régir les contrats du commerce international », applicables « lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat ou lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les principes généraux du droit, la *lex mercatoria* ou autre formule similaire ainsi que lorsque les parties n'ont pas choisi une loi particulière devant régir leur contrat ».

Ces Principes rencontrent un certain succès dans l'arbitrage des contrats d'investissements y compris dans l'arbitrage CIRDI. En effet, les principes transnationaux du commerce international présentent l'avantage d'offrir un ensemble complet de règles relativement précises, qui s'appuie sur un socle de précédents arbitraux nourri, même si les sentences rendues en matière commerciale sont rarement rendues publiques.

Le droit transnational présente en outre une plus grande souplesse dans la délimitation de son champ d'application. Le droit international public des investissements étrangers repose quant à lui sur un champ d'action relativement restreint, notamment du point de vue *ratione personae*. Le droit international public des investissements étrangers régit la relation entre un investisseur étranger et un Etat hôte. Dès lors qu'une opération d'investissement sort de ce cadre, elle peut bénéficier de la protection de ce droit.

Le recours aux principes transnationaux dans l'arbitrage des contrats d'investissement s'illustre par ailleurs à travers la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international (OPI). L'exception d'OPI poursuit l'objectif de priver d'effet toute loi, toute décision d'une autorité publique, ou tout acte de volonté privée, qui serait contraire à un principe considéré comme fondamental et devant être universellement reconnu.

Après avoir exposé les règles générales de protection des investissements établies par le droit international, il convient de s'intéresser à l'application de ces règles aux relations France-Qatar.

Section 2 - L'application du droit international des contrats aux investissements France-Qatar

La France et le Qatar utilisent divers moyens juridiques afin de maintenir leurs relations d'investissement. Le droit se présente alors comme un indispensable levier de protection de ces investissements, permettant, à la fois, de protéger ces relations communes d'échange et, à la fois, pour chacun de ces Etats, de conserver une protection et une garantie contre toute atteinte. La relation de confiance entre ces Etats est assurée par la création d'un cadre juridique de protection notamment par le biais des outils juridiques mentionnés dans la Section 1. A cet égard, il convient de s'interroger sur l'efficacité de l'application des règles de protection mises en place par le droit international des contrats aux investissements France-Qatar.

Il ressort de cette analyse que les outils juridiques ne sont pas suffisants pour assurer la réussite de ces relations d'investissements. En effet, différents enjeux peuvent se placer en opposition face à ces échanges. Ainsi, notamment, le poids de l'opinion publique peut influencer sur ces relations, ce qui pourra conduire à la tentation de ne pas afficher ouvertement

l'existence de l'ensemble des relations d'investissements pouvant exister entre la France et le Qatar et aussi, tout simplement, de les éviter.

La relation d'investissement entre la France et le Qatar suppose un climat de confiance. Il s'agit donc, de faire confiance aux différents acteurs intervenants dans cette relation. Mais cette « confiance » présente des limites. Il est ainsi nécessaire de garantir la protection, par l'utilisation d'outils juridiques, des investisseurs s'engageant dans cette relation contractuelle.

Ces relations contractuelles, mais aussi précontractuelles, sont gouvernées par le principe du consensualisme. La volonté des parties sert de loi entre les parties. Ainsi, sous réserve du respect des règles d'ordre public, les parties ont la liberté d'écrire ou de ne pas écrire ce qu'elles souhaitent au contrat. Cette « grande » liberté laissée par le droit aux parties et à certaines règles développées par la pratique repose sur un principe de « confiance », le législateur considérant que les parties sont de bonne foi et qu'elles feront preuve de loyauté l'une envers l'autre dans la concrétisation de leur relation contractuelle.

Ainsi, ces notions de « bonne foi » et de « loyauté » rejaillissent tant durant la phase contractuelle que précontractuelle. Les parties devant mener loyalement leurs négociations. Ces principes s'appliquent à la fois aux partenaires privés et aux partenaires publics, c'est-à-dire autant s'agissant des relations entre investisseurs privés que celles entre acteurs publics, comme les États, lors de négociation d'accords ou de conventions internationales.

Malgré tout, une confiance aveugle n'est pas laissée aux investisseurs, ainsi le législateur national et international prévoit certaines règles de protection, qui tout en essayant de faire preuve de discrétion face au principe du « consensualisme », assure un minimum de protection dont bénéficient les investisseurs. A cet égard, il convient d'étudier que la France et le Qatar utilisent les accords bilatéraux comme outil juridique (§1). De même, il convient d'analyser de quelle manière ces outils juridiques peuvent servir à régir les relations France-Qatar dans l'avenir (§2).

§1 - Le recours aux accords bilatéraux comme outil de promotion et de protection des investissements France-Qatar

Comme expliqué dans la Section 1, des accords bilatéraux sont souvent conclus entre Etats afin de favoriser et de protéger les investissements. Lorsque l'on analyse les relations du Qatar avec d'autres pays, notamment avec le Royaume-Uni, il en résulte que les investissements provenant du Qatar vers la France peuvent être développés.

À ce titre, pour favoriser les investissements des résidents du Qatar vers la France, une convention fiscale du 4 décembre 1990 a été établie entre ces deux pays, modifiée le 14 janvier 2008. Certains avantages sont ainsi garantis au bénéfice des investissements opérés.

Par exemple, les prélèvements opérés à la source sont effectués dès qu'un investisseur résident au Qatar effectue des opérations financières auprès d'une entité non résidente, mais cette imposition peut être récupérée en application de la convention fiscale particulière entre la France et le Qatar. Cependant, il est à noter que « la Constitution du Qatar ne reconnaît pas expressément la suprématie des traités et conventions internationales sur les dispositions du droit interne. Cette constatation étant faite, dans la lignée de la loi fiscale et du décret, l'expérience semble indiquer que le ministère des Finances reconnaît, au moins dans la pratique, que les conventions internationales en matière fiscale priment sur la loi fiscale et le décret »³³⁶.

En outre, diplomatiquement, les pouvoirs politiques françaises ont déjà manifesté, voire menacés, leur volonté de remise en cause de cette convention³³⁷. Cette remise en cause ne

³³⁶ A. Depierreffe, M. Turon, S. Cazaillet, « Convention fiscale France-Qatar : bienvenue chez nous ! - Questions à Arnaud Depierreffe, Avocat au barreau de Paris et au barreau du Qatar (Doha) et Michel Turon, Associé responsable du département fiscal (Paris), UGGC Avocats », Lexbase Hebdo, Edition fiscale - Edition Fiscale, 534, 4 juillet 2013.

³³⁷ Thomas Le Bars, « Qatar : ces avantages fiscaux auxquels Macron veut s'attaquer », Capital, 10 avril 2017, consulté le 14 janvier 2018, <https://www.capital.fr/economie-politique/qatar-ces-avantages-fiscaux-auxquels-macron-veut-s-attaquer-1221175>.

concerne pas particulièrement le Qatar mais un ensemble de pays, dont fait également partie la Turquie par exemple, et s'apparente donc plus à une alerte lancée à ses pays pour qu'ils « donnent des signes de bonne volonté », plutôt qu'à un réel risque de renonciation à ce type d'avantage contractuel, le but est plus politique que juridique.

Les relations entre la France et le Qatar peuvent être encore améliorées afin d'augmenter le nombre de contrats conclus entre investisseurs de ces Etats. Ainsi, par exemple, le nombre de contrats d'un montant important obtenus par les entreprises françaises au Qatar ont certes augmentés depuis 2012, mais restent globalement dans un volume similaire à il y a une dizaine d'années³³⁸.

La vitalité de l'économie du Qatar doit encourager la France. « Loin de toutes polémiques [...] ces deux économies peuvent avoir à travailler ensemble, à échanger, à investir et à multiplier les partenariats. Les domaines de coopération sont nombreux et multiples [...] L'essor récent de leurs relations économiques tend à prouver que ces coopérations n'en sont qu'à leur début et qu'il en est de même pour l'avenir de la relation économique entre les entreprises des deux pays [...] »³³⁹.

Des propositions d'investissements peuvent être alors imaginés comme notamment le développement d'une alliance France-Qatar à l'instar d'une alliance méditerranéenne. Ce développement d'une alliance entre la France ou l'Union européenne avec le Qatar ou le Moyen-Orient pourrait permettre de développer les échanges entre la France et le Qatar. Cette alliance se traduisant par un accord de coopération pourrait permettre de développer d'octroyer des privilèges réciproques au profit des investisseurs de ces deux pays.

³³⁸ P. Boniface, S. Matelly, « Les relations économiques entre la France et le Qatar : des bénéfices mutuels», mars 2016, http://www.qadran.fr/wp-content/uploads/2015/08/Etude_QatarFrance_Mars2016_IRIS.pdf.

³³⁹ P. Boniface, S. Matelly, « Les relations économiques entre la France et le Qatar : des bénéfices mutuels », mars 2016, http://www.qadran.fr/wp-content/uploads/2015/08/Etude_QatarFrance_Mars2016_IRIS.pdf.

Malgré cette volonté de développer les relations France-Qatar par le biais de la conclusion d'accords bilatéraux, des incertitudes demeurent en ce qui concernent les relations France-Qatar notamment en raison des conflits liés au Qatar. Face à ces inquiétudes, de nombreuses propositions fusent dans le sens d'une privatisation, d'une nationalisation ou encore d'une expropriation, ayant pour finalité la reprise par la France de la maîtrise de son sol et de ses investissements. Alors, la relation privilégiée avec le Qatar serait remise en cause. L'enjeu serait alors d'utiliser les différents outils juridiques établis par le droit international pour réguler les futures relations France-Qatar.

§2 - L'avenir de l'encadrement juridique dans les relations contractuelles et d'investissements France-Qatar

La méthode proposée consiste à envisager différentes situations juridiques permettant à la France de s'extirper en douceur de la crise avec le Qatar, sans pour autant remettre en question leurs relations contractuelles existantes. A cet égard, l'hypothèse de la nationalisation ou la maîtrise des investissements sur son sol semble discutable mais concevable pour la France.

Il convient d'examiner cette hypothèse afin de mesurer l'étendue d'une telle mesure sur les relations France-Qatar. En tant que mesure de cession forcée, au même titre que la procédure d'expropriation, la nationalisation est une atteinte à la propriété privée. Avec la nationalisation est apparue une forme particulière d'expropriation. Pour autant, la nationalisation n'est pas régie par les textes relatifs à l'expropriation pour cause d'utilité publique; de la même manière ils ne constituent pas des dérogation spéciales à la législation et à la réglementation régissant l'expropriation. La nationalisation institue des mécanismes nouveaux et spécifiques de cession forcée. A cet égard, la nationalisation constitue une acquisition forcée de la propriété privée au même titre que l'expropriation, et reste soumise, par conséquent, aux mêmes exigences et conditions constitutionnelles et conventionnelles que cette dernière. A ce titre, il serait souhaitable de confronter les règles qu'ils prévoient avec la procédure d'expropriation.

Les nationalisations mettent en lumière des procédures différentes de celles prévues pour les régimes d'expropriation. Ces procédures s'appuient sur une intervention du législateur qui pour chaque cas détermine les termes de son usage. Eu égard à sa finalité, qui vise le plus souvent à transformer en service publics des ensemble industriels, cette opération juridique ne porte pas seulement sur des immeubles mais porte également sur des meubles.

Afin de mieux saisir les contours de cette procédure, il convient de distinguer les nationalisations d'avant-guerre et celles depuis la libération. Avant la seconde guerre mondiale, l'expropriation des industries de fabrication de guerre, autorisée par une loi du 11 août 1936 jusqu'au 31 mars 1937, comportait déjà une procédure écartant les principes de l'intervention judiciaire et de l'indemnité préalable.

Les nationalisations post-libération et celles de 1981-1982 présentent également des aspects originaux par rapport à la procédure d'expropriation classique. A l'époque, le nouveau Gouvernement, premier Gouvernement socialiste français depuis 50 ans, avait décidé un grand nombre de nationalisation d'entreprises privées, notamment de banques.

Le Conseil constitutionnel a été saisi par l'opposition, qui a invoqué notamment la violation du droit de propriété, du fait de l'expropriation que constitue une nationalisation. Le Conseil constitutionnel a affirmé que l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 établit la propriété privée comme un "droit inviolable et sacré", dont les personnes ne peuvent être privées qu'en cas de nécessité publique et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. Le Conseil constitutionnel reconnaît qu'un projet de Constitution avait été établi en 1946 rejetant cette conception mais rappelle qu'il avait été rejeté par référendum et qu'au contraire les textes retenus en 1946 avaient réaffirmé leur attachement aux principes de 1789.

Il souligne que s'il est vrai que par la suite des limites ont été apportées au droit de propriété, il demeure que « les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au

même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit... ».

Concernant les nationalisations, « l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprise au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789. » Or, en l'espèce si le principe des nationalisations est admis, le calcul des indemnités est estimé par le Conseil comme n'étant pas conforme à la Constitution concernant de nombreuses entreprises (banques) ou entrepreneurs (agents de change).

Le législateur est compétent en la matière pour régler l'opération d'expropriation soit par une loi spéciale à un secteur ou une entreprise déterminée (1944-1946)³⁴⁰, soit par une loi générale énumérant cependant les catégories d'entreprises concernées (1982)³⁴¹.

S'agissant de l'objet, l'expropriation porte sur des ensembles industriels, le plus souvent appartenant à des sociétés anonymes. Cette opération se présente comme une expropriation des actionnaires puisque la totalité des actions de la société est transférée à l'Etat. Le problème est alors celui du procédé d'indemnisation. Initialement, le procédé adopté par le législateur est la remise par l'Etat aux actionnaires expropriés, en échange de leurs actions antérieures, d'obligations, de parts bénéficiaires pour les banques et les compagnies d'assurances.

Cette procédure de cession forcée a été fortement critiquée, elle entraînerait une sorte de spoliation partielle dans la mesure où il aboutit à la substitution d'un titre à revenu fixe à une valeur à revenu variable. Par ailleurs l'estimation de la valeur des actions expropriées est faite soit en tenant compte des cours de la bourse, soit pour les actions non cotées, en tenant

³⁴⁰ Loi n° 45-15 du 2 décembre 1945 relative à la nationalisation de la Banque de France et des grandes banques et à l'organisation du crédit.

³⁴¹ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982.

compte de la valeur liquidative de l'entreprise nationalisée, appréciée par des commissions administratives spéciales. C'est précisément en ce sens que vont les politiques hostiles au maintien de la relation Qatar-France. Certains remettent en cause la convention Qatar-France et d'autres vont jusqu'à la nationalisation.

La convention de 2008 exonère une grande partie des investissements, des revenus et des actifs détenus par le Qatar et ses ressortissants en France. Actualisée à plusieurs reprises, la convention est en réalité assez ancienne. La première version date de 1990, et visait à accompagner le développement des échanges entre les deux Etats. Mais elle a été sensiblement élargie par la majorité précédente, en 2008, à l'occasion de la signature de plusieurs contrats, notamment dans l'énergie.

Un avenant a ainsi supprimé la retenue à la source sur les dividendes et intérêts perçus par des Qataris en France, alors que ceux-ci sont peu imposés dans leur pays d'origine. Il exonère en outre d'impôt sur la fortune pendant cinq ans les biens situés hors de France détenus par des Qataris. Un régime dérogatoire : l'impôt sur la fortune s'applique normalement aux biens situés à la fois en France et hors de France. Enfin, l'avenant élargit les exonérations existantes sur les plus-values aux sociétés à prépondérance immobilière. Une disposition qui se révélera avantageuse au moment de l'acquisition du grand magasin Printemps par un fonds qatari.

En 2008, le gouvernement a affirmé sa volonté de réviser les termes de la convention jugée très « généreuse » à l'égard des investissements qataris en France qui sont très largement exonérés. En réalité, il s'avère difficile de renégocier une convention, la renégociation impliquant de modifier toute la structure de l'édifice contractuelle. S'ajoutent à cela les flux d'investissements croissants du Qatar dans l'Hexagone. Les pouvoirs publics français ont invoqué l'équité fiscale comme argument pour revoir les relations fiscales France-Qatar. Il s'agit d'une remise en cause par une partie de la classe politique des investissements du Qatar au PSG, notamment concernant ses nouvelles infrastructures. La proposition la plus radicale est venue du Front National qui a proposé de faire une nationalisation concernant le cas du PSG.

Si l'on s'en tient à cette proposition, il ne fait aucun doute qu'il s'agirait du plus sûr moyen d'écartier le Qatar du jeu économique, du moins dans le domaine sportif. Mais il convient de rester méfiant à l'égard de cette proposition. Si la France commence à entreprendre une politique de nationalisation dans la sphère sportive, cela entraînera de la part du Qatar, des mesures de rétorsions. Ces mesures pouvant s'avérer extrêmement préjudiciable pour la France, notamment en matière énergétique et militaire. En effet, il ne faut pas oublier que la France est devenue le deuxième pays bénéficiaire des investissements des qataris. Depuis cinq ans, le Qatar a investi de manière directe ou indirecte de 13 millions d'euros. De plus, la France fournit 75% du matériel militaire de cet Etat. En 2015, l'hexagone a vendu 24 chasseurs rafale à hauteur de 6,3 milliard d'euros.

Ce n'est pas la première crise que traverse la France et le Qatar. En 2012, le "plan banlieue" a entraîné la crispation des pouvoirs publics. Cette politique d'influence a montré ses limites. Ce plan a cristallisé un certain nombre de mécontentements. Ce qui explique que par la suite la France et le Qatar ont créé un fond commun de 300 millions d'euros entre la Caisse des dépôts et consignation et le fond souverain Qatar Investment Authority (QIA), destiné à financer les PME françaises. Désormais, ils visent les petites entreprises françaises spécialisées dans la recherche, la santé et l'agroalimentaire. A priori, cette nouvelle crise n'aboutira pas sur une remise en cause contractuelle entre les deux pays, les enjeux économiques les liant demeurant trop important. Ainsi, une solution plus pragmatique semblerait diriger les rapports entre la France et le Qatar vers une renégociation des termes de leur convention fiscale.

La révision de la convention France-Qatar semble être la seule issue pragmatique et probable pour renforcer les échanges et les investissements entre les deux pays. Cela consisterait à revenir sur les avantages fiscaux accordés au Qatar, car dans une situation de crise économique au niveau mondial et avec davantage d'efforts demandés aux citoyens français.

Le citoyen français développant sa conscience juridique, après avoir développé sa conscience économique, acceptera de moins en moins une situation outrageusement favorable envers les investisseurs qataris et, de surcroît, sans réelle réciprocité. Ce rapport particulier est d'autant plus difficilement tenable que réside en lui un important paradoxe.

En effet, le Qatar se présente comme l'un des plus riches investisseurs de la planète et dans le même temps il bénéficie de conditions d'exonération fiscales extrêmement favorables. Cela rend alors plus difficile l'accomplissement du devoir de pédagogie du politique français envers les citoyens qui l'élisent quand celui-ci doit défendre les intérêts de l'Etat français et de l'importance des relations entretenues entre la France et le Qatar.

Ce travail, du politique, se présente comme encore plus ardu dès lors que le mystère sur les réelles intentions du Qatar est entretenu. En effet, quelles sont les réelles ambitions du Qatar ? Investir dans une économie française porteuse ? Instaurer une relation de dépendance juridique et économique entre la France et le Qatar ? Exister sur le plan international ? Créer une alliance avec la France afin de bénéficier de sa protection militaire en contrepartie d'un soutien économique ? De nombreux questionnements subsistent encore sur le fonctionnement et l'avenir de cette relation.

Somme toute, il apparaît radical de renoncer aux relations entretenues avec le Qatar notamment pour le bien des intérêts en cause. La solution serait alors de procéder à une négociation de ces relations notamment par le biais des accords bilatéraux.

Chapitre 2 : La mise en œuvre de la protection des investissements étrangers

Une relation d'investissement peut faire l'objet, en cas de litige, d'un règlement du conflit par la voie d'un recours institutionnel grâce à l'intervention du juge, ou par la voie d'un mode alternatif, c'est-à-dire par le recours à la médiation, par celui de la conciliation ou encore par la possibilité de l'arbitrage.

Cependant, les conséquences du recours à un mode de règlement plutôt qu'à un autre change les conséquences pour les parties. Conséquences transposables au cas particulier de la relation d'investissement France-Qatar.

En effet, même si cette réflexion n'est pas réservée qu'à la relation France-Qatar, force est de constater que la fragilité apparente de cette relation en raison des nombreux écarts culturels et sociaux qui peuvent être soulevés dans cette relation et qui éloigne ces deux États en comparaison avec d'autres relations d'affaires qu'ils entretiennent avec des États plus proches par leurs valeurs, leur culture, leur histoire. Ainsi, il est peut-être avantageux pour la France et le Qatar de promouvoir auprès de leurs investisseurs le recours à des modes alternatifs de règlement des litiges permettant une issue à l'amiable.

En enfin, le succès des modes alternatifs de règlement des litiges sont incontestables. Un sondage réalisé auprès de 70 entreprises françaises atteste ce succès³⁴². En effet, 84 % des entreprises interrogées se déclarent satisfaites par la médiation et 76 % par l'arbitrage. Les PME, les grandes sociétés occupent une place intermédiaire. C'est ainsi qu'au cours de ces trois dernières années, ces entreprises ont eu recours pour 64 % d'entre elles à l'arbitrage, pour 55 % à la médiation et pour 23 % à l'expertise amiable³⁴³.

³⁴² BEYNEIX (I.) et LEMMET (L.-C.), « L'arbitrage international est-il encore véritablement un mode alternatif de règlement des différends ? », RTD Com., 2012, n° 4.

³⁴³ *Id.*

D'ailleurs, l'accord France-Qatar prévoit une résolution amiable des différends nés entre un investissement étranger et l'État hôte avant tout recours judiciaire ou juridictionnel, l'arbitrage international. Cette exclusion préalable de l'arbitrage au profit d'un règlement amiable s'explique selon Monsieur JAROSSON par le fait qu'il n'est plus aujourd'hui véritablement un mode alternatif au mode traditionnel : « *de mode alternatif il est devenu mode classique sous l'effet conjugué et paradoxal de son succès et de ses tendances trop fréquentes à la judiciarisation et à l'institutionnalisation qui le dénaturent* »³⁴⁴. Les divers effets collatéraux dont l'accroissement de la durée et du coût des procédures arbitrales, ainsi que la multiplication des règles et règlements des différends ont laissé une place prioritaire aux autres modes alternatifs.

L'arbitrage peut être aperçu comme la voie classique de règlement des différends en matière d'investissements étrangers (Section 1) à côté des autres modes alternatifs (Section 2).

³⁴⁴ JAROSSON (Ch.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits : Présentation générale », *RIDC* 2-1997, n° 31, p. 331.

Section 1 - Le règlement non juridictionnel des litiges

L'accord France-Qatar prévoit une obligation de négociations entre l'État et l'investisseur avant toute saisine du CIRDI ou tout autre juridiction. En effet, les parties ont un délai de six mois à compter du moment où le différend a été soulevé par écrit par l'investisseur ou l'État pour trouver une solution amiable³⁴⁵. Cette obligation de régler amiablement tout différend préalablement à tout recours contentieux est dictée par l'idée de préserver aussi bien les investissements que les relations entre les parties.

Cette obligation de négociation, bien qu'étant une obligation de moyen, n'en est pas moins obligatoire pour les parties. En effet, son non-respect fait échec à l'engagement d'une procédure judiciaire ou juridictionnelle. Ainsi, l'arbitre ou le juge devra déclarer irrecevable les demandes de parties en cas de non-respect de cette clause de négociation. C'est la position du juge français qui dans son arrêt *Proximo* de 2014 dispose que la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure obligatoire et préalable à la saisine du juge, « *n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance* »³⁴⁶. La CCI adopte également la même position que celle le juge français en déclarant irrecevable la demande d'arbitrage pour non-respect d'une clause contractuelle imposant une obligation de résolution amiable du litige préalablement à la procédure d'arbitrage³⁴⁷. En l'absence d'éléments d'appréciation sur la position du juge qatari, il serait souhaitable qu'il s'aligne sur la position du juge français pour préserver les relations entre les parties.

Ainsi, en cas échec des parties d'arriver à une solution amiable, elles peuvent recourir à un élément extérieur de pression susceptible de leur permettre de parvenir plus facilement à une solution amiable. En effet, les parties peuvent prévoir des clauses contractuelles (§1) ou de faire intervenir un tiers soit dans le cadre d'une conciliation (§2) ou d'une médiation (§3).

³⁴⁵ Art. 8 al. 2 de l'accord France-Qatar.

³⁴⁶ Cass. com., 29 avr. 2014, *Medissimo c/ Logica*, n° 12- 27.004, Bull. civ. IV, n° 76.

³⁴⁷ JOLLES (A.), « Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses : Issues of Enforcement », *Arbitration*, Vol. 72, 2006, n°4, p. 329 ; Sentence arbitrale CCI n°14427 de 2008, JDI 2013, n° 1, p. 217, note A. CARLEVARIS.

§ 1 - Les clauses contractuelles

Les parties dans la rédaction de leur contrat peuvent imaginer différentes clauses relatives au règlement des différends. Elles permettent de trancher un litige sans pour autant mettre fin aux relations contractuelles entre les parties. Il s'agit des clauses de résolution interne des différends, mais également des clauses de médiation ou de conciliation, des clauses attributives de juridiction et enfin de la convention d'arbitrage. L'ensemble de ces outils sont transposables à notre présente étude, concernant les relations contractuelles entre ressortissants qataris et français.

Ces différents types de clauses émergent de la pratique et sont, plus ou moins, encadrées par le travail du juge. On peut citer les clauses de « *dispute board* » développés dans certains contrats commerciaux plutôt complexes et de longue durée. Peuvent également être envisagées les clauses de « *deadlock* » présents dans les accords de *joint-venture*, c'est-à-dire les contrats dans lesquels plusieurs entreprises acceptent de poursuivre un objectif précis pour une durée déterminée.

Dans l'hypothèse de la clause *dispute board*, les parties mettent en place un organe permettant en cas de litige de résoudre un éventuel conflit pouvant survenir lors de l'exécution du contrat. L'intérêt de ce type de clause dans les relations d'investissement France-Qatar est de pouvoir poursuivre les opérations commerciales, malgré la survenance d'un litige. Cette clause est surtout insérée dans les contrats de construction de grande envergure³⁴⁸. Elle est recommandée par de nombreux organismes, comme la Fédération internationale des ingénieurs conseils (FIDIC), qui encourage l'insertion de cette clause de manière détaillée dans le contrat par une note d'orientation destinée aux rédacteurs de contrats et qui les avertit sur les risques liés à l'imprécision de ce type de clause³⁴⁹.

³⁴⁸ Pour un exemple d'utilisation de la clause de « *dispute board* » pour l'organisation des jeux Olympiques de Londres ou de Rio de Janeiro, voir Jonathan Cope, « *Are Dispute Boards a viable means of resolving disputes in the UK ?* », *Practical Law Construction Blog*, 24 avril 2012, consulté le 4 mars 2018, <http://constructionblog.practicallaw.com/are-dispute-boards-a-viable-means-of-resolving-disputes-in-the-uk/>.

³⁴⁹ Fédération internationale des ingénieurs conseils, « *Guidance Memorandum to Users of the 1999 Conditions of Contract* », 1er avril 2013.

Cependant, même si le succès et l'efficacité de cette clause n'est pas à démentir³⁵⁰, concernant les enjeux présentés dans notre présente étude et s'agissant des principales menaces aux relations d'investissements entre la France et le Qatar, se traduisant par la pression de certaines institutions comme celle du religieux par exemple, ce type de clause paraît difficilement utile face à ces enjeux. Elle peut être utile au même titre que n'importe quel projet important de construction, mais elle n'apparaît pas transposable à une situation, par exemple, de crise, dans laquelle l'État français multiplierait les soupçons envers le Qatar de procéder au financement d'organisations terroristes³⁵¹ et marquerait sa volonté de mettre un terme aux possibilités réciproques d'investissement.

Ensuite, il est possible de s'intéresser à la clause de « *deadlock* » qui, à l'inverse de la clause de « *dispute board* » connaît une utilisation plus modérée. Pourtant elle permet également de résoudre l'existence d'un conflit et d'éviter une situation de blocage³⁵². Cette clause développée par la pratique, permettent la résolution d'une situation d'impasse. L'intérêt de ce type de clause dans les relations France-Qatar inspire le même constat s'agissant du contexte géopolitique actuel entre ces États et, ainsi, présente donc une nécessité certaines surtout dans les investissements entre acteurs privés, mais semble d'une utilité somme toute relative pour l'apaisement dans cette relation internationale.

D'autres clauses sont envisageables afin de permettre le traitement des différends, telle la clause de médiation ou de conciliation. Ainsi, à l'instar des clauses contractuelles encadrant le règlement d'un litige en interne ces clauses de médiation et de conciliation vise la résolution du conflit à l'amiable, par l'utilisation du principe d'équité.

³⁵⁰ P. Gelinas, « Où sont passés les contentieux ? », Colloque Droit et commerce, *Gaz. Pal.* 27-28 juin 2007, p. 114 ; P. Rosher, « De l'utilité des dispute boards dans le domaine des projets satellitaires », *RD aff. int.* 2016, n°2, p. 119.

³⁵¹ Article de presse : « Terrorisme, crise du Golfe, contrats... La visite stratégique de Macron au Qatar », *L'Express*, 6 décembre 2017, consulté le 4 mars 2018 : https://www.lexpress.fr/actualite/monde/proche-moyen-orient/terrorisme-crise-du-golfe-contrats-la-visite-strategique-de-macron-au-qatar_1966804.html.

³⁵² H. Le Nabasque, P. Dunaud et P. Elsen, « Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires », *Actes prat. ing. sociétaire* 5/1992, p. 1.

§ 2 - La conciliation

Une conciliation n'est possible que d'un commun accord entre les parties en vue de l'intervention d'un tiers, le conciliateur, qui est chargé d'examiner tous les aspects du litige, de les écouter et de proposer une solution qui n'est pas obligatoire pour les parties. Celles-ci sont libres d'accepter ou non la proposition, voire de l'aménager. Le conciliateur se différencie ainsi de l'arbitre à plusieurs titres. En effet, contrairement au conciliateur, l'arbitre a un pouvoir juridictionnel et peut imposer une solution aux parties dans le cadre d'une sentence arbitrale qui a autorité de chose jugée et un caractère obligatoire après exequatur³⁵³.

Les parties peuvent, il est d'ailleurs fortement conseillé en vue de préserver les relations commerciales, prévoir que la conciliation constituera une alternative préalable à l'arbitrage ou un préliminaire à l'arbitrage. Dans une telle situation, la mise en œuvre de la conciliation préalable est une obligation avant toute demande en arbitrage. À défaut, la procédure d'arbitrage serait considérée comme prématurée et déclarée irrecevable par les tribunaux français³⁵⁴. D'ailleurs, la sanction est extrême sévère étant donné que le défaut de mise en œuvre de la clause de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge constitue une fin de non-recevoir qui ne peut pas être régularisée, même postérieurement à l'acte introductif d'instance³⁵⁵.

Cependant, la sanction diffère en fonction des tribunaux. Ainsi, le Tribunal fédéral suisse ainsi que le juge anglais semblent accorder une grande importance à la rédaction de la clause, en tenant de son objet et des circonstances particulières à l'espèce³⁵⁶. Ces deux juges prennent

³⁵³ SERAGLINI (Ch.) et ORTSCHIEDT (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, §25, p. 30.

³⁵⁴ L'arrêt de principe a été posé par la chambre mixte de la cour de cassation le 14 février 2003, Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, nos 00-19.423 et 00-19.424, Poiré c/ Tripier et al., *Bull. civ. ch. mixte* no 1, *Revue de l'arbitrage* 2003, no 2, p. 403, note Ch. Jarrosson, confirmé par Cass. com., 29 avr. 2014, *Medissimo c/ Logica*, no 12- 27.004, *Bull. civ. IV*, no 76 ; CA Dijon, 30 sept. 2014, RG no : 13/00072, note J. Fouret.

³⁵⁵ Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684 ; DUPOIRIER (C.) et TRAVAINI (G.), « Decision of the French Supreme Court of 12 December 2014 », *Lexology*, 9 mars 2015 ; M. Vital-Durand, « Utilisation des clauses combinées en arbitrage commercial international : l'exemple du traitement des clauses combinées dans les arbitrages CCI, Versailles International », *Arbitration and Business Law Review*, 2012, n°1, p. 50 ; Sentence arbitrale CCI n°14429 de 2007, *JDI* 2013, n°1, p. 227, note A. Carlevaris (contrat type FIDIC, recours préalable au Dispute Adjudication Board).

³⁵⁶ SCHERER (M.) et MOSS (S.), « Swiss and English courts analyse enforceability of multi-tier dispute resolution provision providing for DAB proceedings (FIDIC, clause 20) », *Bull. ASA*, Vol. 32,

en considération la bonne foi des parties pour se prononcer sur la sanction du non-respect d'une clause pré-arbitrale³⁵⁷.

Il est très probable que le juge qatari adopte la même position que celle des juges suisse et anglais. Toutefois, pour encourager les négociations et les investissements étrangers, il est souhaitable que le juge qatari s'aligne sur la position du juge français. En effet, la clause de conciliation présente des avantages non négligeables.

L'intérêt de ce type de clause, lorsqu'elle peut être mise en œuvre, est de permettre un règlement des conflits en limitant la mauvaise publicité qu'offre une décision judiciaire ou en évitant la lourdeur d'une procédure d'arbitrage. De plus, la conciliation répond à une exigence de souveraineté, permettant aux États réfractaires à se soumettre à une juridiction, de se tourner vers une méthode plus « soft ». Par ailleurs, il est plus agréable d'exécuter un accord transactionnel sans y être obligée par une mesure d'exécution forcée. Un autre avantage souvent vanté s'agissant des clauses de conciliation et de médiation est d'éviter une certaine humiliation ou des conditions vexatoires dans la résolution du conflit et, ainsi, laisser la possibilité d'envisager la poursuite des relations contractuelles entre les partenaires économiques.

Toutefois, malgré une vision optimiste dans l'utilisation des modes alternatifs de règlement des conflits, ils conservent pour finalité de résoudre un litige et, donc, peut-être de préserver de futures relations contractuelles entre de mêmes acteurs. Cependant, cela n'en apporte pas nécessairement la garantie puisque la poursuite du contrat a été source de conflit notamment dans son exécution.

Nonobstant ces dernières remarques, une conciliation est un mode alternatif de règlement des conflits plus propice à la résolution des litiges concernant des investissements étrangers dans

2014, no4, p. 879 ; TSCHANZ (P.-Y) et FELLRATH (I.), *Revue de l'arbitrage*, 2014, n°4, p. 1009 ; KAVALI (D.), « Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses », *Journal of International Arbitration*, 2010, p. 551 ; *Cable & Wireless v. IBM UK Ltd* [2002], EWHC 2059 (comm), [2002] All ER (comm) 1041 ; *Holloway v. Chancery Mead Ltd* [2007], EWHC 2475.

³⁵⁷ *Emirates Trading Agency LLC v. Prime Mineral Exports Private Limited* [2014], EWHC 2104 (Comm) ; SWEET (L.), « Obligation to be Friendly : An Enforceable Condition Precedent to Arbitration ? », *GAR The European, Middle Eastern and African Arbitration Review*, 2015, Section 2.

un contexte social difficile plutôt que les clauses de « *deadlock* » et de « *dispute board* ». C'est pourquoi différents centres proposant des règlements de conciliation ont vu le jour. Les plus notables sont le règlement de la Chambre de commerce internationale qui propose un mode alternatif de règlement (MARC). La CNUDCI a également adopté un règlement de conciliation distinct de celui de l'arbitrage. Le Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements(CIRDI) consacre tout un chapitre à la conciliation.

C'est le conciliateur qui dirige la procédure. Cette dernière, peut être écrite ou orale. De manière générale, elle est écrite et commencer par un échange des mémoires des parties. Le conciliateur fixe, en accord avec celles-ci, la date de la réunion pour examiner l'affaire et les invite à y assister. Chaque partie expose son point de vue et répond aux questions du conciliateur qui s'efforce de trouver une 'entente entre les parties intéressées. La comparution personnelle des parties ou de leurs représentants dûment habilités pour transiger est une condition essentielle du succès de la procédure de conciliation.

La procédure de conciliation abouti généralement à trois situations. D'abord, le conciliateur constate l'accord conclu dans le procès-verbal de conciliation signé par les parties et par conséquent, met fin au litige. Ensuite, le conciliateur constate l'échec de la conciliation dans un procès-verbal, non motivé, Les parties peuvent ainsi soumettre leur différend soit à l'arbitrage, soit aux tribunaux. Et enfin, il arrive fréquemment que l'une des parties décide de ne pas poursuivre la procédure de conciliation en notifiant sa décision au conciliateur. Dans les deux derniers cas, l'affaire est portée devant l'arbitre lorsque l'investissement étranger intervient au Qatar.

§ 3 - La médiation

La médiation est la manifestation procédurale d'un accord des parties sur la résolution de leur différend. D'un point de vue sociologique, la médiation est un « *mode de construction et de gestion de la vie sociale grâce à l'entremise d'un tiers, neutre indépendant, sans autre pouvoir que l'autorité que lui reconnaissent les « médiés » qui l'auront choisi ou reconnu librement* »³⁵⁸. L'article 3 de la directive n° 2008/52/CE prévoit une définition de la médiation est la considérant qu'il s'agit d'« *un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur* ». Ainsi, trois critères propres à la médiation sont « *l'existence d'un différend opposant deux parties, l'intervention d'un tiers neutre et enfin le rôle pacificateur de ce dernier visant à renouer le dialogue entre les parties et à faciliter la recherche d'une solution au conflit* »³⁵⁹. Le médiateur, contrairement au conciliateur, ne peut donner son avis que si les parties le lui demandent. Il a pour mission principale de faciliter le dialogue entre les parties. Ainsi, son rôle majeur est de faire des recommandations jusqu'à ce que les parties trouvent elles-mêmes la solution à leur litige. Une fois la solution trouvée, elle est généralement matérialisée sous la forme d'une transaction. Cependant, le médiateur n'est pas un juge, et encore moins un arbitre. En effet, ces recommandations ne lient pas les parties et il ne tranche encore moins le litige³⁶⁰.

La médiation est connue sous le terme anglais « *Alternative Dispute Resolution* » ou ADR. Elle s'est principalement développée par des entreprises pour ensuite se généraliser dans tous les litiges civil et commercial. D'ailleurs, les tribunaux eux-mêmes ont tendance à recourir à la médiation pour rechercher une solution amiable aux différends³⁶¹. Le rôle grandissant des

³⁵⁸ GUILLAUME-HOFNUNG (M.), « La médiation », AJDA, 1997, p. 30.

³⁵⁹ POILLOT-PERUZZETTO (S.), « Médiation », *Rép. dr. eur.*, 2017 (2003), n° 3.

³⁶⁰ FILLER (E.), *Commercial Mediation in Europe : An Empirical Study of the User Experience*, Kluwer, 2012 ; MCILWRATH (M.) et SAVAGE (J.), *International Arbitration and Mediation : A Practical Guide*, Kluwer, 2010 ; DEHARO (G.), « Médiation, une justice équitable et durable ? », in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, Vol. IV, 2008, p. 333.

³⁶¹ BALENSI (J.) et LAPP (Ch.), « L'essor des modes alternatifs de résolution de conflits », *Option Droit & Affaires*, 4 févr. 2015 ; JACKSON (R.), QC, « From Novelty to Necessity : Developments in Mediation in English Law and Practice and their Impact on Construction Disputes », ICC

litiges, dans les échanges économiques internationaux, des opérateurs des pays d'Extrême-Orient, qui sont traditionnellement plus favorables à la pacification qu'au combat contentieux. Ainsi, cette médiation est principalement utilisée pour éviter la lourdeur, la longueur et le coût des procédures étatiques ou arbitrales. En effet, la médiation est une technique de négociations et de résolution des litiges, alors que l'arbitrage et la procédure judiciaire sont des procédures qui s'appuient sur la règle de droit et sur un formalisme qui est une garantie pour les parties³⁶². C'est pour cela que de grandes entreprises ont signé la charte de la médiation interentreprises initiée par les chambres de commerce et d'industrie et les centres de médiation et d'arbitrage, dont le CMAP³⁶³.

La médiation doit normalement être prévu dans le contrat d'État. Ainsi, le consentement à la médiation doit être volontaire et exempt de tout vice. La médiation peut prendre plusieurs formes : institutionnelle, judiciaire, ad hoc ou virtuelle via les centres *on-line*. La médiation institutionnelle est organisée dans le cadre d'un centre. Quant à la médiation judiciaire, elle est ordonnée par un juge dans le cadre d'une procédure judiciaire engagée par les parties. La médiation *ad hoc*, la plus traditionnelle, est organisée en dehors d'un centre institutionnel. D'ailleurs, le législateur européen entend promouvoir ces initiatives d'autorégulation qui offrent une solution rapide, simple et économique. En enfin, la médiation *on line*, est de plus en plus encouragée car elle répond aux besoins et méthodes actuelles de communication.

Cependant, en matière d'investissements étrangers, ce sont les formes institutionnelles et *ad hoc* qui sont principalement voire exclusivement privilégiées. En effet, le juge étant généralement évincé dans ce domaine, à l'instar de l'accord France-Qatar, la médiation judiciaire n'intervient que de manière exceptionnelle. Concernant, la médiation *on-line*, elle en plein essor, notamment en droit européen, dans le domaine de la consommation et non dans les investissements étrangers.

Malgré les avantages de la médiation, le mode de règlement des litiges internationaux par excellence reste l'arbitrage international.

International Court of Arbitration Bulletin, 2013, Vol. 24, n° 2, p. 33 ; Dalloz Avocats, « Dossier : La médiation une nouvelle opportunité ? », janv. 2014, n° 1, p. 11.

³⁶² DE BOISSÈSON (M.), Réflexions sur l'avenir des solutions alternatives de règlement des différends (ADR) en Europe, Institut de la CCI, Newsletter, n°15, p. 45

³⁶³ Cf. « www.cmap.fr ».

Section 2 - l'arbitrage international

Dans les pays musulmans, l'arbitrage remonte à la *Jahiliyya* ou période de l'ignorance antérieure à l'islam³⁶⁴. Sous sa forme actuelle, l'arbitrage est apparu dans les années 1930 en vue de résoudre les litiges opposants les investisseurs et les États. Il s'est réellement développé après la Seconde guerre mondiale et des sentences rendues à cette époque constituent pour certaines d'entre elles des précédents jurisprudentiels importants³⁶⁵. D'ailleurs, c'est principalement les sentences arbitrales qui ont été à l'origine du développement de la théorie du contrat d'État, permettant à certains contrats conclus d'échapper à l'ordre juridique et juridictionnel de l'État contrat³⁶⁶.

La volonté de créer un système destiné principalement au règlement des différends pour les litiges afférents à des opérations d'investissements est née sous les auspices de la Banque mondiale³⁶⁷. C'est de cette volonté qu'a vu le jour le Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) issu de la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États.

Le centre est un franc succès, ce qui lui a, d'ailleurs, exposé à de vives critiques de la part d'États régulièrement mis en cause. C'est ainsi que trois États notamment la Bolivie en 2007, l'Équateur en 2009 et le Venezuela en 2012 ont dénoncé la Convention de Washington et suivi également d'un large mouvement de renégociation ou de non-renouvellement de certains TBI. Toutefois, le centre, bien que critiqué, n'en reste pas moins l'un des plus actifs et rassemble 161 États signataires ou parties à la Convention de Washington. La Qatar l'a ratifié le 21 décembre 2010 pour une entrée en vigueur le 20 janvier 2011³⁶⁸.

³⁶⁴ TYAN (É.), *Institutions de droit public en Islam*, Paris, 1954, vol. 1, p. 69 à 102.

³⁶⁵ AUDIT (M.), « Droit des investissements internationaux », *JCL. dr. int.*, 2017, n° 18.

³⁶⁶ *Petroleum Development (Trucial coast) au Sheikh d'Abu Dhabi (1951)*, ou bien l'affaire *Ruler of Qatar c. International Marine Oil Company (1953)*, BASTID (S.), « Le droit international public dans la sentence de l'Aramco », *Annuaire Français de Droit international*, 1961, p. 300 à 311.

³⁶⁷ AUDIT (M.), « Droit des investissements internationaux », *JCL. dr. int.*, 2017, n° 19.

³⁶⁸ V. le site internet officiel du CIRDI à l'adresse : <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>.

Le succès de l'arbitrage international se manifeste par le nombre important de centres d'arbitrage qui ont vu le jour. Outre le CIRDI, les plus connus sont la Cour d'arbitrage de la CCI, la Chambre américain (AAA), la Chambre anglaise (LCIA), la Chambre chinoise (CIETAC), l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm et la Cour permanente d'arbitrage qui ont chacun leur domaine de prédilection. Quant au Qatar, il convient de mentionner la Cour internationale de Qatar et de la résolution de différends (QICRDC)³⁶⁹.

D'ailleurs, il faut noter que des clauses compromissoires sont présentes dans la quasi totalité des contrats internationaux du commerce. Il est important de souligner l'indifférence de la distinction entre la clause compromissoire et le compromis en droit interne français³⁷⁰ comme en droit international au profit de la catégorie des « conventions d'arbitrage », qu'il s'agisse d'un litige né ou éventuel³⁷¹.

D'ailleurs, l'accord France-Qatar prévoit expressément le recours à l'arbitrage pour résoudre les litiges en matière d'investissements France-Qatar en cas d'échec de la tentative de résolution amiable. Ainsi, en raison de leurs spécificités (§2), l'accord privilégie certaines formes d'arbitrage (§1).

§1- Les formes de l'arbitrage

L'arbitrage international est un mode de résolution de litige dans lequel les parties à un contrat s'en remettent à un tribunal privé qu'elles constituent elles-mêmes, on parle alors d'arbitrage *ad hoc* (A) ou en déléguant cette mission à une institution arbitrale, il s'agit ici d'un arbitrage institutionnel, tel que le CIRDI (B). D'ailleurs, l'accord France-Qatar prévoit ces deux formes d'arbitrage.

³⁶⁹ V. le site internet officiel du centre à l'adresse : <https://www.qicdrc.com.qa>.

³⁷⁰ Cf. C. pr. civ., art. 1442.

³⁷¹ MOREAU (B.), « L'arbitrage international », *Rép. dr. com.*, mars 2010, spéc., n° 16 ; LOQUIN (E.), « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage, Commentaire du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *cette Revue*, 2011, p. 255 ; GAILLARD (E.), « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.*, 2011. Chron. 175.

A. L'arbitrage *ad hoc*

L'arbitrage *ad hoc* est un arbitrage qui n'est organisé par aucune structure préexistante. Son organisation et son fonctionnement relèvent de la liberté contractuelle des parties et du tribunal arbitral. Les parties peuvent soit prévoir elles-mêmes les règles de fonctionnement, en général dans la convention d'arbitrage, soit s'accorder sur l'application d'un règlement d'arbitrage modèle. À cet effet, il faut souligner la loi type de l'ONU pour les États souhaitant favoriser l'arbitrage et un règlement d'arbitrage *ad hoc* pour les entreprises ne souhaitant pas recourir aux chambres d'arbitrage dont les tarifs peuvent être exorbitants. De la même manière, la CNUDCI a élaboré un règlement d'arbitrage, révisé tout récemment en 2010, qui peut être utilisé par les parties souhaitant recourir à un arbitrage *ad hoc* pour régler la procédure arbitrage. A défaut d'accord par les parties, il appartient au tribunal arbitral d'organiser l'instance arbitrale.

L'arbitrage *ad hoc* présente un avantage considérable par rapport à l'arbitrage institutionnel en raison de sa « grande adaptabilité aux exigences particulières de chaque espèce »³⁷². Cependant, cette liberté peut également être source de conflit « pré arbitral » sur les règles de fonctionnement de l'arbitrage. C'est pourquoi la plupart des États permettent l'intervention du juge étatique comme « juge d'appui » en cas de difficulté de constitution du tribunal arbitral en particulier pour désigner les arbitres en cas de défaillance des parties et pour statuer sur les incidents de récusation de ces derniers.

Inversement, l'arbitrage institutionnel est un arbitrage organisé par une institution d'arbitrage, selon un règlement d'arbitrage qu'elle a élaboré. Les parties n'ont pas besoin de négocier les règles applicables à l'instance arbitrale, ni de s'affronter devant le tribunal arbitral à ce propos. L'institution réglera les difficultés de constitution du tribunal arbitral, se substituant alors au juge d'appui. L'arbitrage institutionnel sécurise l'arbitrage et écarte les litiges « pré arbitraux ». Toutefois, le recours à une institution d'arbitrage présente l'inconvénient de générer un coût supplémentaire non négligeable.

³⁷² SERAGLINI (Ch.) et ORTSCHIEDT (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n° 23.

L'accord France-Qatar prévoit le recours à l'arbitrage *ad hoc* en cas d'inapplication de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, signée à Washington le 18 mars 1965³⁷³. L'accord précise également les critères d'organisation de cet arbitrage *ad hoc*. Ainsi, les modalités de désignation de l'arbitre sont prévues et en cas de difficulté, l'intervention du président de la Chambre de commerce international de Paris est convenue comme juge d'appui. Ainsi, chaque partie au différend désigne un arbitre, qui désignent à leur tour, d'un commun accord, un troisième arbitre. Ce dernier qui doit être un ressortissant d'un État tiers est nommé président par les deux parties. Le tribunal d'arbitrage, composé de trois arbitres, prend ses décisions à la majorité des voix.

Les sentences rendues par le tribunal arbitral sont définitives et exécutoires de plein droit pour les parties. Le tribunal d'arbitrage rend ses sentences conformément avec les dispositions de l'accord France-Qatar ainsi qu'aux principes du droit international.

B. L'arbitrage institutionnel : le CIRDI

Le premier choix de l'accord France-Qatar porte sur l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) en cas d'échec de la solution amiable. Le Centre a vu le jour avec la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États conçue au début des années 1960 par le conseiller juridique de la BIRD (A. BROCHES) et négocié entre les administrateurs de la Banque mondiale, avec l'objectif principal d'établir un mécanisme de règlement des différends offrant aux investisseurs des garanties d'indépendance, d'impartialité et d'efficacité.

Ces garanties étaient destinées à permettre aux entreprises d'investir dans des États étrangers dont ils pouvaient craindre les actions unilatérales et, tout particulièrement, les expropriations directes ou indirectes, déclarées ou rampantes.

³⁷³ Art. 8 de l'accord France-Qatar.

À la date du 15 avril 2018, 162 États avaient signé et ratifié la Convention de Washington. La Convention regroupe presque tous les pays qui comptent dans les relations économiques internationales, à l'exception notable de la Russie qui a signé la Convention le 16 juin 1992, mais qui ne l'a pas encore ratifiée. Le dernier pays ayant signé la Convention est le Mexique le 11 janvier 2018 mais ne l'a pas encore ratifiée.

Le Centre possède la personnalité juridique internationale³⁷⁴ et bénéficie des immunités et privilèges conférés généralement aux organisations internationales³⁷⁵. Le fonctionnement est règlementé par les articles premier à 24 de la Convention de Washington qui en détaillent les caractéristiques juridiques, en tant qu'organisation internationale appartenant au groupe de la Banque mondiale.

Les critères d'application de la convention CIRDI

L'article 25, 1 de la Convention de Washington prévoit les critères d'application du centre en énonçant que « *La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant [ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre] et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement* ».

D'abord, la présence un État contractant qui accueille l'investissement et un investisseur ressortissant d'un État qui lui aussi est un État contractant de la Convention de Washington est requise. Le différend peut concerner une entité que la Convention désigne par les expressions « *collectivité publique ou tel organisme dépendant de l'État en question* ». Cependant, il est également possible, depuis le 27 septembre 1978, d'avoir recours à l'arbitrage du CIRDI lorsque toutes les conditions énoncées à l'article 25 de la Convention de Washington ne sont pas remplies, en particulier lorsque le litige oppose des parties dont l'une n'est pas un État contractant ou l'autre le ressortissant d'un État contractant³⁷⁶.

³⁷⁴ Art. 18 de la Convention de Washington.

³⁷⁵ SCHREUER (C.H.) et al., *The ICSID Convention. A Commentary*, 2e éd., Cambridge, 2009, University Press.

³⁷⁶ Texte consultable sur http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-fra-archive/ICSID_Addl_French.pdf.

Un État peut accepter la compétence du Centre, dans un contrat, un traité ou une loi alors même qu'il n'est pas encore parti à la Convention de Washington. Toutefois, il faut que son adhésion survienne avant qu'une requête de règlement d'un différend le concernant soit présentée devant le secrétaire général du CIRDI pour enregistrement³⁷⁷.

Ensuite, l'existence d'un différend entre une partie privée, l'investisseur, et l'État d'accueil de l'investissement est nécessaire. L'investisseur doit être un « ressortissant d'un autre État contractant », ce qui soulève la question de la nationalité de l'investisseur, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale. L'alinéa a de l'article 25, 2 précise que, par « ressortissant d'un autre État contractant », il faut entendre « toute personne physique qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend ». Ainsi, l'investisseur ne faut pas avoir la nationalité de l'État d'accueil de l'investissement mais celle d'un autre État contractant.

Puis, le différend doit être soit d'ordre juridique soit en relation directe avec un investissement. Le paragraphe 26 du Rapport des administrateurs précise qu'il s'agit de montrer « que si les conflits de droit relèvent de la compétence du Centre, il n'en est pas de même de simples conflits d'intérêts ». Le même paragraphe 26 explicite la notion de différends d'ordre juridique, en précisant qu'il s'agit de différends qui concernent « soit l'existence ou l'étendue d'un droit ou d'une obligation juridique, soit la nature ou l'étendue des réparations dues pour rupture d'une obligation juridique ». C'est ainsi que, dans l'affaire CSOB contre Slovaquie, le tribunal précise : « *[b]ien qu'il soit exact que les différends en matière d'investissements auxquels un État est partie comportent fréquemment une dimension politique ou impliquent des actions gouvernementales, de tels différends ne perdent pas pour autant leur nature juridique, dès lors qu'ils concernent des droits ou obligations ou les conséquences de leur violation* »³⁷⁸

En l'absence de définition de la notion d'investissement par la Convention, la jurisprudence et la doctrine sont intervenue pour combler cette lacune qui a donné lieu aux interrogations les

³⁷⁷ MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États. Trente années d'activité du CIRDI*, Dijon, CREDIMI, Paris, 2004, Litec, p. 114.

³⁷⁸ DC 24 mai 1999, aff. no ARB/97/4, CSOB c/ Slovaquie, § 61.

plus nombreuses³⁷⁹. La question ne soulève guère de difficultés dans la grande majorité des cas, et aucune des parties ne conteste la qualification d'investissement de l'opération à propos de laquelle le différend est apparu. Cette interrogation s'est concrètement posée dans l'affaire Fedax contre Venezuela dans lequel la qualification de l'opération d'acquisition de bons à ordre du gouvernement du Venezuela était en cause ? Il a été jugé que les prêts sont des investissements qui relèvent de la compétence du CIRDI et que « les billets à ordre constatent l'existence d'un prêt »³⁸⁰.

En fait, quelle que soit l'appréciation théorique qu'on peut porter sur ces différents types de contrat, ils sont tous visés, la plupart du temps, dans les traités de promotion et de protection des investissements. La plupart des traités bilatéraux en matière d'investissement ne donnent pas une définition générale de l'investissement mais énoncent, dans une liste non exhaustive, quels sont les investissements qui bénéficient de leur protection. Ces listes sont très extensives et visent à peu près tout ce qui a une valeur économique, que ce soit des biens ou des droits.

À l'instar de l'accord France-Qatar qui prévoit une liste non exhaustive d'investissements rentrant dans le cadre de la protection. Selon l'accord, « *le terme investissement désigne tous les avoirs tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures et plus particulièrement mais non exclusivement :*

- *Les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnements et droits analogues ;*
- *Les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes ;*
- *Les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant valeur économique ;*
- *Les droits de propriété intellectuelle, commerciale et industrielle tels que les droits d'auteur, les brevets d'invention, les licences, les marques déposées, les modèles et maquettes industrielles, les procédés techniques, le savoir-faire, les noms déposés et la clientèle ;*
- *Les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans la zone maritime des Parties contractantes.»*

³⁷⁹ BEN HAMIDA (W.), « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI ? », Cah. arb., 2007/4, p. 33.

³⁸⁰ DC 11 juill. 1997, aff. no ARB/96/3 ; E. GAILLARD, *op. cit.*, p. 469, § 25.

Et enfin, le consentement à l'arbitrage est une autre condition de l'application de la protection. L'article 25 parle d'un différend « que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre ». Dans la pratique du CIRDI, le consentement peut être donné dans une clause compromissoire contenue dans le contrat d'investissement ou sur la base d'un traité de protection, bilatéral ou multilatéral, et accessoirement sur la base d'une législation nationale.

Dans le cas où la possibilité existe de porter une affaire devant le CIRDI sur la base d'un traité bilatéral, comme dans le cas France-Qatar, le consentement des parties se fait en deux étapes : le consentement est d'abord donné par l'État d'accueil de l'investissement, dans un traité de protection, dans lesquels il énonce qu'il accepte d'aller devant le Centre pour tout ou partie de ses investissements. Dans un deuxième temps l'investisseur qui peut se prévaloir du traité, va saisir le Centre pour voir son litige avec l'État d'accueil réglé selon le mécanisme de règlement des différends de la Convention de Washington. La rencontre des volontés, celle de l'État qui accepte la compétence du CIRDI dans sa loi ou dans un traité et celle de l'investisseur, se fait lorsque celui-ci saisit le Centre d'une requête d'arbitrage, acceptant ainsi et du même coup la compétence du Centre. Ce type d'arbitrage à partir d'un consentement décalé des deux parties a été appelé en anglais *arbitration without privity*³⁸¹. Diverses expressions ont été proposées en français : arbitrage transnational unilatéral³⁸², arbitrage sans lien contractuel ou arbitrage sans consentement spécifique ou sans accord spécifique³⁸³.

Il est important de souligner le caractère irrévocable de l'engagement prévu à l'article 25, 1, qui, énonce que, « lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement » ainsi que son caractère exclusif contenu à l'article 26, première phrase, de la Convention énonce que « [*l*]e consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours ». Néanmoins, l'article 26 précise, dans une deuxième phrase que « [*c*]omme condition à son consentement à l'arbitrage [...] un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés ».

³⁸¹ PAULSSON (J.), « *Arbitration without Privity* », *ICSID Rev.*, 1995/2, p. 232.

³⁸² BEN HAMIDA (W.), *L'arbitrage transnational unilatéral*, thèse, Paris II, 2003, p. 15.

³⁸³ STERN (B.), « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement », *in* Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle, À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges offerts à Philippe Kahn, 2000, Litec, p. 223.

Cela enlève évidemment à l'arbitrage une grande partie de ses avantages et ne se rencontre que dans un nombre minoritaire de cas³⁸⁴.

§2 - Les spécificités de l'arbitrage international

La stratégie de l'anticipation des différends prend le pas sur le règlement du contentieux lui-même. Ainsi, l'arbitrage international passe de simple mode alternatif de règlement à un mode naturel du contentieux. En effet, l'arbitrage international n'est plus conçu comme une justice subsidiaire mais plutôt comme le mode traditionnel de règlement des différends. Comme tout mode de règlement de différends, la question de la loi applicable revêt d'une importance considérable sur l'issue du litige (A). Par ailleurs, nous nous penserons également sur l'efficacité de l'arbitrage international (B).

A. La question de la loi applicable aux différends

Contrairement au juge étatique, le tribunal arbitral dispose d'une grande liberté dans la désignation de la loi applicable au litige. Ainsi, l'arbitre peut recourir au droit national, aux principes généraux du commerce international, intégrés dans la *lex mercatoria*, ou encore à l'équité pour trancher le litige. En liberté est encore plus manifeste lorsque les parties sont restées silencieuses à cet effet.

L'article 1511 du code de procédure civile dispose que « *Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce* », ce qui peut s'entendre du droit étatique ou de la *lex mercatoria*³⁸⁵. Ainsi, les parties peuvent convenir expressément de la loi sur le fond du droit et, à défaut, ce sera l'arbitre en vertu du principe d'autonomie. Il semble que droit qatari ne dispose actuellement pas de disposition applicable en matière d'arbitrage international³⁸⁶. Toutefois, un article est consacré à

³⁸⁴ PETERS (P.), « *Exhaustion of Local Remedies Ignored in Most Bilateral Investment Treatises* », *Netherland Review of International Law*, 1996, p. 233.

³⁸⁵ GOLMAN (B.), « *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, réalité et perspective* », *JDI*, 1979, p. 478.

³⁸⁶ NAJJAR (N.), *Arbitrage dans les pays arabes et commerce international*, *op. cit.*, n° 895, p. 459.

l'arbitrage interne et national mérite d'être mentionné. En effet, l'article 198 du CPC qatari prévoit que si « l'arbitrage a lieu au Qatar, les lois qataries sont applicables aux éléments du litige sauf convention contraire des parties ».

La loi applicable à la procédure d'arbitrage peut être différente de celle qui régit le fond du litige. D'ailleurs, la convention de Genève du 21 avril 1961 laisse aux parties le soin de choisir une loi de procédure et, à défaut, aux arbitres eux-mêmes. Les règlements d'arbitrage comme la pratique arbitrale *ad hoc* font de même. Aux termes de l'article 1509 du code de procédure civile, la convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale. Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure. À défaut, la même convention peut soumettre la procédure à une loi nationale.

La question du droit applicable par un tribunal arbitral du CIRDI varie selon que la compétence du tribunal soit issue d'une clause compromissoire contenue dans un contrat d'investissement ou que lorsque le tribunal est saisi sur le fondement d'un traité de protection. Lorsque le litige est né d'un contrat d'investissement conclu entre un État et une personne privée étrangère, l'article 42, 1 de la Convention de Washington prévoit deux hypothèses, d'une part elle donne effet à la loi d'autonomie de la volonté des parties en énonçant que « *[l]e tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties* » et d'autre part, en l'absence de choix par les parties « *le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois - ainsi que les principes de droit international en la matière* ». Le droit international ne semble intervenir ici que de façon subsidiaire. Cependant, la jurisprudence du CIRDI donne au droit international une place dominante par rapport aux autres sources de droit applicable³⁸⁷.

De façon assez courante, les contrats d'investissement se réfèrent souvent au droit de l'État d'accueil, même si l'hypothèse n'est pas très représentée dans la jurisprudence du CIRDI³⁸⁸.

³⁸⁷ LEBEN (C.), « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *Rec. cours La Haye*, t. 302, 2003, p. 201, spéc. p. 276.

³⁸⁸ DC 4 mai 1989, aff. no ARB/87/2, Mobil Oil c/ Nouvelle-Zélande.

De ce fait, la question est de savoir si, dans ce cas, si le tribunal doit appliquer exclusivement la loi nationale ou peut également se référer aux dispositions internationales pour se prononcer sur le litige. Or, à partir du moment où le contrat donne compétence au CIRDI, et même s'il prévoit que le droit applicable sera le droit de l'État d'accueil de l'investissement, le règlement va être soumis à la logique internationaliste qui découle de la Convention de Washington³⁸⁹. En effet, si on interprète la référence au seul droit de l'État contractant comme une interdiction totale faite aux arbitres de prendre en considération le droit international, l'investisseur se trouverait alors dans l'impossibilité d'invoquer même la violation des règles coutumières sur le standard minimal de traitement des étrangers. Ainsi, en cas de confiscation de biens ou de déni de justice de la part de l'État, le tribunal CIRDI, constatant que le droit applicable au contrat est le droit de l'État, s'interdirait toute appréciation de l'action de celui-ci au regard du droit international, ce qui serait peu compatible avec l'objet même de la Convention de Washington³⁹⁰.

D'ailleurs, la jurisprudence CIRDI démontre clairement que les arbitres, dans la plupart des cas, ne s'en tiennent pas à l'examen du seul droit interne, mais effectuent, explicitement ou implicitement, un contrôle par rapport au droit international. Dans le cas où ce contrôle ne révèle aucune contrariété, le droit de l'État sera appliqué, comme cela a été le cas dans l'affaire *Letco contre Liberia*³⁹¹, dans le cas contraire, il serait totalement incohérent, par rapport à la Convention de Washington, de faire prévaloir le droit interne sur le droit international³⁹². Il arrive que certains arbitres considèrent le droit interne d'un État comme intégrant les règles de droit international, tout particulièrement les règles conventionnelles, il n'y a pas de contradiction pour un tribunal arbitral à appliquer le droit international, alors même que c'est le droit interne de l'État qui est le droit applicable³⁹³. Ainsi, dans la décision du 5 février 2002, le Comité a affirmé que : « [...] lorsqu'un tribunal fait application des dispositions d'un traité auquel l'Égypte est partie, il n'applique pas des règles étrangères au droit interne de ce pays.

³⁸⁹ LEBEN (C.), « Arbitrage (CIRCI) », *Rep. dr. inter.*, 2010, n° 212.

³⁹⁰ *Id.*, n° 213.

³⁹¹ Sentence du 31 mars 1986, aff. no ARB/83/2, *Letco c/ Liberia*.

³⁹² Sentence du 20 mai 1992, *SPP c/ Égypte*, § 84 ; DCAH 5 févr. 2002, *Wena Hotels Ltd c/ Égypte*, § 40.

³⁹³ LEBEN (C.), « Arbitrage (CIRCI) », *Rep. dr. inter.*, 2010, n° 218.

Ce raisonnement peut également valoir à l'égard d'autres sources du droit international, telles que celles énoncées à l'article 38, 1 du Statut de la Cour internationale de justice »³⁹⁴.

A défaut de choix de la loi applicable au contrats, l'article 42, paragraphe 1er, dispose que « *le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois - ainsi que les principes de droit international en la matière* ». L'arbitre doit ainsi appliquer plusieurs sources de droit, ce qui correspond bien à la pratique contractuelle internationale. Dans la pratique, les parties ont tendance à choisir une combinaison de sources de droit applicable, et la plupart du temps une combinaison du droit de l'État contractant et du droit international, auxquels on ajoute parfois « les principes de droit international tels qu'appliqués par les tribunaux internationaux », ou « les principes généraux de droit reconnus par les nations du monde » (nouvelle formulation du Statut de la CIJ, art. 38, al. 1er, c), ou les traités de protection des investissements conclus par l'État contractant, ou encore « les principes généralement acceptés de l'industrie pétrolière internationale »³⁹⁵.

Les arbitres ont tendance à faire primer le droit international en donnant aux principes de droit international « un double rôle, soit complémentaire [en cas de “lacune” du droit de l'État], soit correctif, au cas où ce droit étatique ne serait pas en tous points conforme aux principes du droit international »³⁹⁶. D'autres arbitres vont plus loin quant à la primauté du droit international en jugeant que « L'article 42, 1 se réfère à l'application du droit de l'État d'accueil et du droit international. S'il n'existe aucune disposition pertinente du droit de l'État d'accueil sur une question, il convient de rechercher les dispositions pertinentes du droit international. S'il existe des dispositions applicables du droit de l'État d'accueil, elles doivent être appréciées au regard du droit international qui prévaut en cas de conflit. Ainsi, le droit international est pleinement applicable et qualifier son rôle de “seulement complémentaire et correctif” est une distinction vaine. En toute hypothèse, le Tribunal estime que sa tâche est

³⁹⁴ DCAH Sentence du 5 févr. 2002 du Comité *ad hoc* dans l'affaire Wena Hotels Limited contre Égypte, § 44

³⁹⁵ LEBEN (C.), « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *Rec. cours La Haye*, t. 302, 2003, spéc. p. 270.

³⁹⁶ DCAH 3 mai 1985, aff. no ARB/81/2, § 69 ; DCAH 16 mai 1986, Amco c/ Indonésie, § 20.

d'apprécier toute prétention juridique dans cette affaire d'abord au regard du droit indonésien et ensuite au regard du droit international »³⁹⁷

Lorsque le droit applicable porte sur l'application d'un traité de protection des investissements, à l'instar de l'accord France-Qatar, le tribunal arbitral saisi devra rechercher le droit applicable au litige selon que l'investissement est porté par un contrat entre l'investisseur et l'État, c'est-à-dire un contrat d'État, ou si, au contraire, un tel contrat n'existe pas.

En l'absence de contrat d'État, Le tribunal peut déduire de l'attitude des parties au cours de la procédure arbitrale qu'elles s'accordaient pour considérer que les dispositions du TBI était la source principale de droit applicable. Il peut également rajouter le droit international général et/ou le droit interne de l'État d'accueil ou de l'État de l'investisseur³⁹⁸.

En présence d'un contrat d'État, il est possible qu'une clause contractuelle consacre le droit applicable en cas de litige. Toutefois, il est fréquent que les traités bilatéraux ou multilatéraux de protection des investissements comportent des dispositions portant sur le droit applicable aux litiges susceptibles de se produire entre l'État d'accueil et les investisseurs. À titre d'exemple, le TBI entre le Canada et le Costa Rica prévoit que « *Le tribunal [...] statue sur les points en litige sur le fondement de l'accord [le TBI], des règles applicables du droit international et de celles du droit interne de l'État d'accueil dans la mesure où ces règles de droit interne n'entrent pas en conflit avec l'accord [le TBI] ou les principes de droit international* » ainsi que le traité multilatéral ALÉNA disposant dans son article 1131, §1er que « *Un tribunal établi en vertu de la présente section tranchera les points en litige conformément au présent accord et aux règles applicables du droit international* ».

³⁹⁷ DC du 25 sept. 1983, Amco contre Indonésie, aff. no ARB/81/1.

³⁹⁸ Sent. 27 juin 1990 aff. no ARB/87/3, AAPL contre Sri Lanka, §20.

L'accord France-Qatar ne contient aucune disposition semblable pourtant sur la loi applicable à l'exception d'une précision contenue à l'article 10 prévoyant que les termes du contrat d'État ne peuvent porter atteinte aux dispositions de l'accord que dans un sens plus favorable³⁹⁹.

Lorsque le contrat d'État comporte une clause de droit applicable, il faut déterminer comment cette clause s'articule avec la disposition du TBI qui peut exister entre l'État cocontractant et l'État national de l'investisseur. Une première réponse consiste à distinguer les litiges purement contractuels qui sont régis par la loi prévue au contrat et les litiges qui portent sur l'application du traité régis par les clauses du traité elles-mêmes y compris la clause d'*electio juris*. Il est considéré qu'en cas de contradiction, la préférence doit être donnée à la clause contractuelle, du fait qu'elle est la *lex specialis* par rapport à la *lex generalis* du traité⁴⁰⁰. Cependant, et en toute hypothèse, il serait encore une fois totalement incohérent de faire prévaloir le droit interne de l'État contractant sur les dispositions « internationalistes » des clauses d'*electio juris* du traité⁴⁰¹.

B. L'efficacité de l'arbitrage international

Pour être efficace et jouer pleinement son rôle de protection des investissements étranger au Qatar, l'arbitrage international doit comporter certaines caractéristiques. D'emblée, il est important de préciser que le Qatar a ratifié la Convention de New-York le 30 décembre 2002 pour une entrée en vigueur le 30 mars 2003⁴⁰². L'obligation pour le juge qatari d'appliquer les

³⁹⁹ Art. 10 de l'accord France-Qatar : « Les investissements ayant fait l'objet d'un engagement particulier de l'une des Parties contractantes à l'égard des investisseurs de l'autre Partie contractante sont régis, sans préjudice des dispositions du présent Accord, par les termes de cet engagement dans la mesure où celui-ci comporte des dispositions plus favorables que celles qui sont prévues par le présent Accord ».

⁴⁰⁰ POIRAT (F.), « L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'énergie : procédure de règlement des différends et statut des personnes privées », *RGDIP*, 1998, p. 46.

⁴⁰¹ LEBEN (C.), « Arbitrage (CIRCI) », *art. préc.*, n° 230.

⁴⁰² V. le site internet officiel de la CNUDCI à l'adresse :

http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

dispositions de la Convention pour donner effet aux sentences arbitrales se une garantie majeure pour les investisseurs étrangers.

La question de la participation de l'État à une procédure d'arbitrage et plus particulièrement sa condamnation par un tribunal arbitral n'est pas à débattre. En effet, la jurisprudence a fini par décider que l'interdiction de la participation de l'État à l'arbitrage n'était pas d'ordre public international ; ce qui entraînait *de facto* que l'État compromettant renonçait par là-même à son immunité de juridiction⁴⁰³. Ainsi, le Tribunal des conflits a jugé dans son arrêt du 17 mai 2010 que « le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne morale de droit étranger, exécuté sur le territoire française, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français, est porté à titre de principe devant le juge judiciaire »⁴⁰⁴.

De ce fait, les sentences arbitrales s'imposent aux parties et par conséquent, chacune d'elles, en particulier l'investisseur étranger peut faire appel à la puissance publique pour la faire appliquer. De plus, l'arbitrage international présente diverses caractéristiques en vue de sa promotion.

En premier lieu, l'efficacité de l'arbitrage est importante car une entreprise obtiendra souvent plus facilement l'exécution d'une sentence arbitrale dans un pays étranger que d'une décision de justice étatique. Ainsi, la convention de New-York du 10 juin 1958, convention indispensable pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée par cent cinquante huit pays, est incontournable en matière d'arbitrage international. En effet, les pays signataires engagent à faire appliquer, après examen de certains principes limitatifs, tels que le respect de l'ordre public, du principe du contradictoire, les sentences arbitrales rendues, soit dans tous les pays du monde, soit dans les seuls pays signataires, ce choix étant laissé au pays lors de la signature. Une telle convention n'a pas d'équivalent en ce qui

⁴⁰³ MOREAU (B.), « L'arbitrage international », *Rép. dr. com.*, 2010, spéc., n° 63

⁴⁰⁴ T. confl., 17 mai 2010, n° 3754, *Institut national de la santé et de la recherche médicale c/ Fondation Letten F. Saugstad*, LEBON ; *AJDA*, 2010, p. 1047 ; *ibid*, p. 1564, étude P. CASSIA ; *ibid*, p. 2337, tribune P. CASSIA ; *D*, 2010. 2633, obs. X. DELPECH, note S. LEMAIRE.

concerne l'exécution des jugements des tribunaux étatiques, rendant l'exécution des sentences arbitrales plus facile que les décisions judiciaires étrangers.

De plus, l'ordre public national d'un État n'est en principe pas un élément pris en compte en matière d'arbitrage international. En effet, à défaut d'un *for*, toutes les lois sont étrangères au regard de l'arbitre international et l'effet normal d'éviction de la loi étrangère applicable au profit de celle du *for* ne trouve pas à s'exercer. Ainsi, l'arbitre n'ayant pas de *for*, il n'est pas lié par les règles d'ordre public d'un quelconque *for*. D'ailleurs, si certaines stipulations contractuelles sont contraires à l'ordre public interne de la loi choisie, le même respect de leur volonté conduira l'arbitre à écarter la disposition d'ordre public interne contraire à cette expression de volonté. Cependant, l'arbitre aura tout intérêt à prendre en compte l'ordre public international du lieu de la sentence pour éviter tout refus d'exequatur.

Même si l'arbitrage international est la justice naturelle des opérateurs du commerce international et fonctionne de manière quasi autonome, les États n'intervenant que pour faciliter sa mise en oeuvre et pour permettre l'exécution des sentences arbitrales. Le droit français confère une priorité absolue à l'arbitre pour juger de la validité et de l'efficacité de la convention d'arbitrage. C'est ainsi que la Cour de cassation a rappelé le 12 octobre 2011, « [...] *qu'il n'entraîne pas dans les pouvoirs du juge étatique français d'intervenir dans le déroulement d'une instance arbitrale internationale* »⁴⁰⁵. La position du droit qatari est moins ferme que celle du juge français même s'il reconnaît également le principe de compétence-compétence. En effet, l'article 21 de la loi du *Qatar Financial Centre* dispose également que « le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage »⁴⁰⁶.

La priorité de l'arbitre par rapport au juge étatique est également prévue dans les conventions internationales, à l'instar de la convention de New-York en son article II, § 3 et la convention

⁴⁰⁵ Civ. 1^{re}, 12 oct. 2011, n° 11-11.058, *D*, p. 2011. 2483 ; Rev. crit. DIP 2012. 121, note H. MUIR WATT.

⁴⁰⁶ NAJJAR (N.), *Arbitrage dans les pays arabes et commerce international*, *op. cit.*, n° 954 et s., p. 487.

de Genève du 21 avril 1961 en son article VI, § 3. Ainsi, les juridictions étatiques doivent s'incliner devant l'accord d'arbitrage. L'autonomie de la convention par rapport à la loi étatique est garantie. Son existence et sa validité s'apprécient d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique, mais sous réserve de l'ordre public international.

Toutefois, il existe certaines limites à cette autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au juge étatique. En effet, le juge judiciaire retrouve ses pouvoirs lorsqu'il est amené à faire le constat de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire⁴⁰⁷. Cette nullité ou inapplicabilité manifeste doit pouvoir être constatée lors d'un examen sommaire ou *prima facie* de la clause par le juge étatique, tout contrôle substantiel et approfondi étant interdit. A titre d'exemple, cette inapplicabilité peut résulter des termes contradictoires de la convention désignant deux institutions arbitrales⁴⁰⁸, à la présence, dans un autre contrat liant les mêmes parties, d'une clause attributive de juridiction⁴⁰⁹.

Au demeurant, après s'être prononcé sur sa compétence, la décision de l'arbitre demeure soumise au contrôle *a posteriori* du juge lors de la validité de la sentence. La Cour de cassation a ainsi jugé, le 6 janvier 1987, que « *si la mission de la cour d'appel, saisie en vertu des articles 1502 et 1504 du nouveau code de procédure civile, est limitée à l'examen des vices énumérés par ces textes, aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit ou en fait tous les éléments concernant les vices en question ; qu'en particulier, il lui appartient d'interpréter le contrat pour apprécier elle-même si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage* »⁴¹⁰. Elle a aussi rappelé le 6 octobre 2010 que « le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant

⁴⁰⁷ Civ. 1^{re}, 7 juin 2006, n° 03-12.034, *Bull. civ. I*, n° 287 ; D, 2006, p. 1701.

⁴⁰⁸ Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 06-14.107, *Bull. civ. I*, n° 62 ; D. 2007. 734, obs. X. DELPECH.

⁴⁰⁹ Civ. 1^{re}, 4 juill. 2006, n° 05-11.591, *Bull. civ. I*, n° 337 ; D, 2006, p. 2127.

⁴¹⁰ Civ. 1^{re}, 6 janv. 1987, n° 87-17.274, *Bull. civ. I*, n° 2.

d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage et d'en déduire les conséquences sur le respect de la mission conférée aux arbitres »⁴¹¹.

De plus, le juge des référés, même en présence d'une clause compromissoire ou d'un compromis, peut ordonner des mesures conservatoires ou provisoires, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué. Il est important de noter que la saisine du juge des référés ne vaut pas renonciation au jeu de la clause compromissoire⁴¹². Il convient de souligner que la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (CIRDI), donne aux seuls arbitres le pouvoir de recommander de telles mesures.

En résumé, l'arbitrage international n'échappe pas totalement au pouvoir du juge étatique qui ressurgit dans trois cas : l'aide à la mise en place du tribunal arbitral, la prise de mesures provisoires et conservatoires et le contrôle de la sentence. En cas de difficulté dans la constitution du tribunal arbitral, les règlements d'arbitrage comme les droits nationaux ou conventionnels prévoient le recours à un juge d'appui national chargé de pallier la carence des parties ou de l'une d'entre elles.

Une fois la sentence rendue, il est important que son exécution soit facilitée pour ne pas vider l'arbitrage de sa substance. Ainsi, la reconnaissance et l'exequatur sont les deux seuls moyens d'incorporer une sentence dans l'ordre juridique français. Aucune forme n'est requise par la loi ou par les conventions internationales. La reconnaissance est une voie d'attente avant la procédure d'exequatur.

Le code de procédure civile soumet la reconnaissance et l'exequatur aux mêmes conditions de fond, c'est-à-dire la preuve de l'existence de la sentence et l'absence de contrariété manifeste à l'ordre public international. Le juge compétent est le président du tribunal de grande instance.

⁴¹¹ Civ. 1^{re}, 6 oct. 2010, n° 08-20.563, Bull. civ. I, n° 185 ; D, 2010, p. 2441, obs. X. DELPECH ; Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2011, n° 10-15.199, inédit.

⁴¹² Civ. 2^e, 7 mars 2002, n° 00-11.526, Bull. civ. II, n° 31 ; D, 2002, p. 1113.

Le code de procédure civile et commerciale qatari soumet la sentence arbitrale rendue à l'étranger aux règles régissant l'exécution des jugements étrangers. En effet, l'article 381 du code précité dispose que les règles relatives à l'exécution des jugements étrangers sont applicables aux sentences arbitrales rendues à l'étranger⁴¹³.

Toutefois, l'article 383 prévoit que l'application des dispositions de l'article 381 ne porte pas atteinte aux conventions conclues ou doivent être conclues entre l'État et d'autres États à ce sujet⁴¹⁴. Le Qatar ayant signé la Convention de New-York, le juge qatari applique non pas les dispositions de l'article 381 mais les règles convenues dans la Convention de New-York lorsqu'il doit se prononcer sur la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère au Qatar.

Les articles 1514 et 1520 du code de procédure civile disposent qu'il ne peut y avoir reconnaissance de la sentence en matière internationale que si cette dernière « n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international ». La Cour de cassation caractérise l'ordre public international comme celui qui peut être invoqué « pour faire obstacle à une loi étrangère en matière d'arbitrage international contraire des conceptions fondamentales du droit français »⁴¹⁵. La convention de New York prévoit des cas limitatifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution des sentences notamment lorsqu'elles sont contraires à l'ordre public du pays où la sentence est invoquée. Il s'agit en pratique des cas de fraude, des violations des règles essentielles de procédure (contradictoire, droit de la défense), de la nature du litige ou du fond de la sentence (trafics illicites, prostitution, corruption etc.).

Le lieu de l'arbitrage revêt une importance capitale dans l'arbitrage international en raison des conséquences qu'il peut avoir sur le déroulement de l'arbitrage. C'est est une notion juridique qui détermine le tribunal d'État compétent ainsi que les lois nationales qui seront applicables en cas de recours en appel ou en annulation. En effet, une sentence arbitrale peut faire l'objet d'un appel qui a lieu, selon les pays, devant la cour d'appel de l'État où a été rendue la sentence arbitrale. Cet appel consiste en un réexamen du litige, même si les parties y renoncent souvent. Il leur reste alors un recours en annulation de la sentence devant la cour

⁴¹³ NAJJAR (N.), *Arbitrage dans les pays arabes et commerce international*, op. cit., n° 1724, p. 879.

⁴¹⁴ *Id.*

⁴¹⁵ Cass., ass. plén., 14 oct. 1977, Bull., ass. plén., n° 6 ; D. 1978. Jur. 417, note P. LAGARDE.

d'appel de l'État où elle a été rendue. Comme pour l'exequatur, la juridiction nationale ne jugera pas alors le fond du litige mais se prononcera sur le respect par les arbitres des règles de procédure et de l'ordre public international. Le juge étatique garde donc un droit de regard sur les éléments qu'elle juge essentiels, lorsque les deux parties font appel ou bien demandent l'exequatur ou l'annulation d'une sentence arbitrale. Un pourvoi est également envisageable. La sentence arbitrale sera sans doute plus facilement exécutée dans l'État du siège du tribunal arbitral ou de l'exécution du contrat.

Conclusion du titre 2

L'utilisation d'une technique contractuelle plutôt qu'une autre peut donc être conditionnée par la volonté politique de l'État français et de l'État qatari faisant un véritable travail de pédagogie au profit des investisseurs s'inscrivant dans la relation bilatérale France-Qatar. La recherche sur le droit des investissements France-Qatar conduit nécessairement à s'interroger sur l'utilisation des différents outils juridiques pouvant profiter à ces deux États. Le droit apparaît alors davantage comme une parade ou une arme juridique, plutôt qu'un simple outil prévoyant un ensemble de mécanismes se contentant d'encadrer ces relations d'investissement ou fonctionnant en réaction de ces choix d'investissements pour, si cela est nécessaire, poser des limites à la pratique et au principe de consensualisme.

Ainsi, si la France et Qatar souhaitent préserver leurs relations d'investissements et en prendre soin, afin de les faire perdurer, il faut donc, outre la recherche de nouveaux leviers d'investissements et la recherche d'intérêts réciproques dans le choix de ces investissements, analyser les outils juridiques pouvant influencer dans un sens favorable à ces relations. Plus simplement, il s'agit également de fait la promotion des différents outils juridiques adéquats à la disponibilité des investisseurs et leur permettant dans le cadre d'une relation contractuelle d'assurer leur pérennité.

En effet, les droits des opérateurs économiques étrangers issus de contrats d'investissements conclus avec les États d'accueil bénéficient d'une importante protection de la part du droit

international. Tant le droit international public des investissements que le droit du commerce international peuvent trouver à s'appliquer. Il est possible d'utiliser ces outils juridiques afin de rééquilibrer les relations France-Qatar.

Le droit international n'intervient toutefois qu'en cas de besoin pour compléter ou corriger le droit interne applicable. Or l'observation de la pratique montre qu'une telle intervention n'est pas souvent nécessaire. En effet, les différends contractuels sont généralement réglés par les tribunaux arbitraux par application des dispositions du contrat lui-même ou par des procédures amiables telles que la médiation, la négociation ou la conciliation, voire même dans le cadre d'une procédure contentieuse devant les juridictions nationales ou internationales.

CONCLUSION GENERALE :

L'évolution du droit des investissements se trouve dans le processus global de transformation de la société humaine sous tous ses aspects : politiques, économiques et sociaux et juridiques. Le phénomène le plus controversé de cette transformation est la mondialisation qui correspond à une internationalisation de l'activité économique, et en particulier des investissements étrangers, dans la mesure où le droit des investissements étrangers s'inscrit dans le contexte de ces révolutions qui accélèrent actuellement le processus des relations économiques⁴¹⁶. Le droit international des investissements s'inscrit dans le contexte de ces évolutions qui, actuellement, accélèrent le processus de la mondialisation des relations économiques.

La mondialisation, phénomène multidimensionnel, peut être entendue comme une économie intégrée au niveau planétaire, incluant des marchés mondiaux naissants. Elle y joue même un rôle significatif. Dans sa forme actuelle, la mondialisation transpose la logique financière, et plus particulièrement les concepts et les principes de la sphère financière, à la stratégie et à l'organisation des entreprises multinationales. Dans la littérature anglo-saxonne, ce terme est utilisé pour désigner la globalisation économique, à savoir « un processus visant à la fois la création d'un marché libre au plan mondial et la subordination de toute activité économique à une logique financière.⁴¹⁷ »

L'expansion massive des investissements directs étrangers à travers le monde, avec l'émergence au niveau international, des flux financiers massifs, présagent une représentation des forces conductrices du processus de globalisation. La croissance de ces investissements, aussi bien en termes quantitatifs que qualitatifs, est l'élément essentiel du processus continu d'intégration à l'échelle mondiale.

416 BERGER, S. *Notre première mondialisation : Leçons d'un échec oublié*, Ed WÄLDE, W.T. *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, IHEI Paris, Université Panthéon-Assas (Paris II), Ed. Pedone, 2004, p.12.

417 MORAND, C. – « *Le Droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformations* », dans LOQUIN E. ; KESSEDJIAN, C. – *La mondialisation du droit*, Ed. Litec, Dijon, 2000, p. 81.

Diverses études prévoient que les investissements étrangers à long terme, joueront un rôle de plus en plus important dans l'économie mondiale. Selon les estimations, pendant les années à venir, les investissements directs étrangers vont assumer un rôle crucial dans l'augmentation du niveau de vie de toutes les nations de la planète, établissant une relation étroite entre les sociétés multinationales en tant qu'investisseurs, et les États, récipiendaires desdits investissements. Ces relations contractuelles entre les États souverains et les entreprises multinationales traduisent une volonté de se stabiliser.

En soulignant l'histoire des nations entre les investisseurs et les pays du Golfe, nous avons montré que, les pays du Golfe sont passés du stade de zones désertiques habitées par des bédouins et des pêcheurs de perles, à celui de puissances économiques régionales, à la fin des années 1930.

L'Arabie Saoudite est le deuxième producteur de pétrole. Les Émirats Arabes Unis produisent environ 3,6 millions de barils en 2013 ; le Koweït, 3,3 millions. Concernant le Qatar, il arrive au rang mondial en termes de réserves de gaz, le troisième producteur et exportateur de GNL, avec actuellement une production du pétrole à 74 000 barils par jour auxquels il faut ajouter 1,1 millions de condensats, l'accent étant mis sur la pétrochimie⁴¹⁸.

La présence des étrangers dans la péninsule Arabique est due notamment à sa situation géographique, se trouvant à l'extrême Sud-est par rapport à l'Europe, ainsi qu'aux ressources naturelles (pétrole, gaz).

Aujourd'hui, les grands investisseurs étrangers sont présents dans la région mais ne sont plus d'accord sur la répartition des richesses. En effet, certaines compagnies américaines veulent profiter des ressources en les monopolisant telle que la production en Arabie Saoudite (*Texas Oil Company, Standard Oil of California, Standard Oil of New Jersey, Socony Vacuum*).

418 www.opec.org (dernièrement consulté le 9 octobre 2015) www.tresor-economie.gouv.fr/pays/qatar

Nous avons voulu montrer la place qu'occupe le droit des investissements, afin de traiter de la relation entre l'économie et les investissements étrangers. Il est à noter que la nature des règles qui gouvernent, organisent et encadrent les échanges économiques internationaux, est appréhendée sous deux angles distincts.

La première branche du droit considère les échanges économiques au niveau international sous la règle macro-économique⁴¹⁹ notamment en ce qui concerne les normes et les différentes formes d'organisation dont les États se sont dotés, aux niveaux mondial et régional, pour encadrer et favoriser le développement des échanges entre les économies nationales⁴²⁰. Nous avons présenté un tableau d'ensemble du cadre institutionnel commun constitué par le droit de l'Organisation Mondiale de Commerce⁴²¹, des institutions économiques internationales comme la Banque Mondiale et le Fond Monétaire International, ou encore des organisations interétatiques de coopération ou d'intégration.

Le droit des investissements étrangers en France et dans les pays du Golfe, constitue sans doute aujourd'hui l'un des secteurs les plus dynamiques de l'économie internationale et nationale. Il faut dire qu'il existe une jurisprudence en constante expansion, développée par les tribunaux arbitraux susceptibles d'être directement saisis par les opérations privées.

Ce droit des investissements est porteur d'un enjeu, non seulement économique et national, mais aussi international. Car seul un système normatif suffisamment protecteur et respectueux des intérêts des investisseurs comme des États permet d'envisager le développement d'activités durables avec de grandes performances économiques⁴²².

Le droit international et national des investissements étrangers repose sur la protection des opérations économiques réalisées par des personnes privées comme des personnes publiques,

419 AUDIT, Mathias ; BOLLÉE, Sylvie ; CALLÉ, Pierre - *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Ed. LGDJ, n°1.

420 RONSANVALLON, P. - *Le capitalisme utopique, Histoire de l'idée de marché*, Seuil. Paris, 1999.

421 Art. 11§ 1, L'accord de l'Organisation Mondiale du Commerce.

422 DE NANTEUIL (A.), *Droit International de l'Investissement*.

à l'étranger, en apportant aux premières une protection vis-à-vis de l'État, par différents types de protection, que ce soit au niveau national ou international, par exemple, par la législation de l'État-hôte, les traités bilatéraux et multilatéraux, des contrats comme le contrat d'État international.

L'investissement étranger est devenu un des facteurs-clés pour l'économie nationale et internationale en France comme au Qatar. Premièrement, au Qatar, le droit des investissements est en train de se développer, notamment pour ce qui est de la protection des investissements étrangers et de son régime juridique.

Cependant, à travers le droit français des investissements et le régime juridique de la protection des investissements étrangers, nous voulons, en étudiant la branche du droit qatari traitant du même sujet, aboutir aux résultats comparatifs des points forts et faibles pour les législations des deux pays. Deuxièmement, la nécessité d'accélérer le développement économique et la politique de la diversité de l'économie au Qatar, mérite d'approfondir une recherche en droit et en protection des investissements étrangers dans les deux pays soumis à l'étude.

La notion d'investissement étranger est économique avec des caractéristiques qui méritent une attention particulière. Les définitions juridiques sont venues après pour essayer de combler les vides qui existaient dans un domaine où les affaires commerciales prospéraient déjà.

Les investissements étrangers, représentent une opération opposée à l'acte de consommation, qui signifie un rapport et sa durée dans le temps. Cependant, l'intégration de la notion économique d'investissement étranger, dans la réglementation juridique permet aux opérateurs économiques de déterminer le champ d'application du droit, avec des précisions sur les conditions d'intégrer et accueil de l'investissement et de son système juridique.

Durant le vingtième siècle, le concept d'investissement étranger a beaucoup changé. Cependant l'évolution de la notion d'investissement, est représentative des modifications économiques et politiques.

Tous les États devraient être compétents pour réglementer les investissements provenant des autres États étrangers. Selon la charte des droits et devoirs économiques des États, adoptée le 12 décembre 1974 par l'assemblée générale des Nations Unis, prévoit en reconnaissant expressément à chaque État le droit de « réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux »⁴²³.

Pour le reste, comme la phase initiale de l'investissement étranger qui est le transfert de capitaux, selon l'article VI, section 3, des statuts de FMI, c'est une compétence de principe de l'État d'accueil de l'investissement, aux termes duquel « les États membres pourront exercer tous les contrôles nécessaires pour réglementer les mouvements internationaux de capitaux »⁴²⁴.

En principe, les États hôtes sont donc compétents pour réglementer les flux d'investissements à destination de leurs territoires ou en provenance de ceux-ci. Mais les règles de droit internationaux, peuvent limiter une compétence de principe de droit national d'un Etat accueillant les investissements étrangers. En outre, comme il a été souligné, les Etats peuvent avoir des relations conventionnelles avec un ou plusieurs autres Etats afin d'établir les règles qui encadreront les échanges transnationaux entre eux. Au niveau régional, l'appartenance d'un État à une intégration régionale peut aussi causer l'application de règles spécifiques comme tel est le cas de l'Union européenne et du Conseil de Coopération des pays de Golfe (CCG).

423 Art. 2, § 2, a, la charte des droits et devoirs économiques des États, UN. Doc. A/9631-1974.

424 Art VI, Section 3, Statuts de Fond Monétaire International.

A l'heure actuelle, en France et au Qatar, la question de droit des investissements et leurs codifications, jouent un rôle clé dans l'économie de deux pays. L'enjeu principal, est que le droit de l'investissement présente un certain nombre de particularité au regard du droit international. Ce dernier est né dans contexte interétatique, mais elle s'est développée pour permettre à des personnes privées, qui ont des difficultés à l'accès, de bénéficier d'une protection dans le système juridique international. C'est pour cela que nous nous sommes penchés sur la pertinence de l'intégration d'une opération d'investissement international dans un droit national dans une relation d'investissement à l'échelle internationale.

En cas de tensions entre la France, le Qatar et d'autres pays ou de survenance de litiges entre les investisseurs, les relations d'investissements France-Qatar peuvent se voir fragiliser. Face à ces risques, le droit peut être utilisé comme un outil de protection des investissements. En effet, différents mécanismes juridiques sont à la portée de ces États ou des investisseurs pour remédier à ces potentiels conflits.

Seulement, ils ne vont pas tous nécessairement dans le sens de l'amélioration des relations d'investissements. En effet, effacer un litige ne permet pas toujours de reprendre ces investissements. Ainsi, la France ou le Qatar peuvent invoquer un fait dommageable pour rompre leurs relations, suspendre l'application d'un accord favorisant les relations d'investissements conclu entre eux, ou dénoncer cet accord. Mais par cette décision, les relations d'investissements s'en trouveront affectées. En outre, les investisseurs peuvent en cas de conflit, régler leur litige par la voie d'un recours juridictionnel, mais, encore une fois, le risque est à terme de rompre toute relation d'investissement. Dès lors, pour faire face aux difficultés pouvant survenir dans la relation France-Qatar et dans les opérations d'investissements, notamment par des acteurs privés, d'autres mécanismes juridiques peuvent être utilisés ou imaginés.

En ce qui concerne, les relations entre l'État français et l'État qatari, le traitement de ces difficultés doit se faire par le biais de la diplomatie et du dialogue, afin de mener des négociations en gardant comme objectif la pérennité des échanges économiques entre ces deux États. Ces outils sont traditionnels, mais ils peuvent permettre l'innovation par la création d'un nouvel accord *sui generis*, un accord répondant parfaitement aux besoins et

attentes de chaque États et faisant appel à des dispositions créées par les parties et embrassant l'esprit de consensualisme.

Ces pourparlers doivent prendre en considération, à la fois, les enjeux économiques en présence qui sont l'objet des relations d'investissement et, à la fois, les enjeux extra-économiques, comme les enjeux sociaux et politiques. Et quand l'accord négocié entre États sera difficilement accepté par l'opinion publique, ou par la sphère religieuse, la tentation se présentera de recourir à la discrétion et à des clauses de confidentialité.

Concernant le champ contractuel, les États ou les parties peuvent régler leur conflit, soit en tranchant leur litige par la voie juridictionnelle avec l'exposition au risque de l'achèvement de toute relation contractuelle, soit en tranchant le litige par la voie amiable, par le recours à la conciliation, à la médiation, à l'arbitrage. Ces différentes voies peuvent être prévues par des clauses contractuelles, mais, là encore, persiste le risque de mettre fin aux relations d'investissement.

Il existe, de plus, la possibilité d'avoir contractuellement l'apparition d'un litige et de prévoir, à l'avance, l'issue d'un conflit, sans pour autant mettre fin à la relation contractuelle entre les parties. Un ensemble de clauses contractuelles développées par les praticiens permettent d'arriver à ces fins. Il était nécessaire d'étudier les moyens juridiques de la protection des investisseurs France-Qatar avec la mise en œuvre de cette protection.

De plus, les droits des opérateurs économiques étrangers issus de contrats d'investissements conclus avec les États d'accueil bénéficient d'une importante protection de la part du droit international. Tant le droit international public des investissements que le droit du commerce international peuvent trouver à s'appliquer. Il est possible d'utiliser ces outils juridiques afin de rééquilibrer les relations France-Qatar.

Le droit international n'intervient toutefois qu'en cas de besoin pour compléter ou corriger le droit interne applicable. Or l'observation de la pratique montre qu'une telle intervention n'est pas souvent nécessaire. En effet, les différends contractuels sont généralement réglés par les tribunaux arbitraux par application des dispositions du contrat lui-même ou par des procédures amiables telles que la médiation, la négociation ou la conciliation, voire même dans le cadre d'une procédure contentieuse devant les juridictions nationales ou internationales.

Le droit international a admis l'abus de droit comme faisant partie de l'ordre juridique international. La question à se poser au regard de notre sujet est celle de la place de la « doctrine de l'abus de droit » dans le droit international de la protection des investissements étrangers.

L'interdiction de l'abus de droit découle du principe général de la bonne foi appliquée à l'exercice de droits étatiques dont l'existence légale est incontestable. Il s'agirait en particulier des droits « discrétionnaires » relevant du domaine réservé, c'est-à-dire, de la compétence exclusive de l'État et n'étant pas spécifiquement réglementés par le droit international. Leur titulaire possède dès lors la faculté de les exercer comme bon lui semble, pour autant qu'un tel exercice ne soit pas constitutif d'un abus de droit.

L'abus de droit présente, d'une part, un caractère subjectif dans l'hypothèse où un État exerce ses droits dans la seule intention de nuire à autrui. Cependant, l'intention de nuire est généralement extrêmement difficile à établir quand il s'agit d'apprécier le comportement d'un État.

Indépendamment de cela, l'abus de droit est le plus souvent de nature objective dans la mesure où la mauvaise foi n'est pas généralement requise pour la violation d'une norme internationale ou, un abus de droit ne transgresse pas nécessairement le principe de la bonne foi. Un État pourrait dès lors voir sa responsabilité engagée pour avoir fait usage de son pouvoir dans un but autre que celui pour lequel le pouvoir lui est reconnu par l'ordre juridique international.

Concernant l'abus de droit dans le droit des investissements, l'examen de la pratique arbitrale révèle que l'abus de droit est clairement reconnu s'agissant du comportement des investisseurs privés ⁴²⁵. En revanche, pour ce qui est des comportements étatiques, l'abus de droit est presque introuvable. On peut considérer que « (a)buse of governmental powers (...) is at the core of the good-governance standards embodied in investment protection treaties » ⁴²⁶.

L'abus de droit est d'ailleurs souvent invoqué par l'investisseur au stade des exceptions préliminaires ou pour étayer une allégation de violation du standard du traitement juste et équitable ⁴²⁷. Cependant, le concept ne figure pas en tant que tel dans les accords de promotion et de protection des investissements (APPI).

Par conséquent, les standards de protection des investissements ont été conçus comme limites à l'exercice abusif des droits de l'Etat hôte et surtout de son pouvoir normatif lato sensu. Cela veut dire que la doctrine de l'abus de droit se trouve à l'origine du développement de ces standards. Une analyse précise des mêmes standards sous cet angle pourrait aboutir à revoir encore plus précisément les contours de la protection due aux investisseurs étrangers et de la même façon, de préciser la marge de la liberté normative de l'État hôte.

Le droit international des investissements possède beaucoup de standards de traitement et de protection. La mise en œuvre de ces règles et standards obéit à deux logiques différentes. On en distingue traditionnellement deux catégories, directs et indirects. Les premiers sont parfois désignés absolus ou non contingents, tandis que les seconds seraient contingents ou relatifs.

⁴²⁵ CIRDI, *Abaclat c. Argentine*, aff. n°ARB/07/5, décision sur la compétence et sur la recevabilité du 4 août 2011, §646 : « [...] *the theory of abuse of rights is an expression of the more general principle of good faith. The principle of good faith is a fundamental principle of international law, as well as investment law. As such, the Tribunal holds that the theory of abuse of rights is, in principle, applicable to ICSID proceedings* ».

⁴²⁶ CNUDCI (ALENA), *Thunderbird c. Mexique*, opinion séparée de Th. WÄLDE, 1^{er} décembre 2005, §13.

⁴²⁷ Voy., p. ex., CNUDCI (ALENA), *Merrill & Ring Forestry c. Canada*, affaire administrée par le CIRDI, sentence du 31 mars 2010, §§ 155-157 et, pour un autre exemple récent, Tribunal ad hoc (ALENA), *Mesa Power c. Canada*, mémoire du demandeur, 20 novembre 2013, §§ 379-387 (rendu public le 15 mai 2015).

Les États d'accueil de l'investissement s'engagent à protéger suffisamment l'IED ; garantir un traitement « juste et équitable » à l'IED ; lui réserver un traitement non-discriminatoire ; s'abstenir de prendre des « mesures équivalentes » à une expropriation. Il résulte de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'État du Qatar sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements signé à Doha le 8 juillet 1996 que les standards directs et indirects de traitement s'appliquent aux relations France-Qatar.

En conclusion, les investissements entre la France et le Qatar sont protégés par ces standards de traitement.

Ces quatre obligations - relativement vastes – sont le socle de l'engagement international des États hôtes *vis-à-vis* de l'investissement étranger. A ceci, s'ajoute la possibilité pour l'investisseur étranger de saisir un tribunal arbitral international pour sanctionner le non-respect des obligations étatiques précitées. L'engagement de l'État hôte concernant ces quatre obligations, ainsi que l'accès « facile » et direct à l'arbitrage international, sont considérés par l'investisseur étranger comme des mesures qui vont garantir son investissement.

LISTE D'ABRÉVIATIONS

Abréviations et significations

AAA : Chambre américaine

AAPL : Asian Agricultural Products

ACP : Afrique-Caraïbes-Pacifique (zone)

ADR : Alternative Dispute Resolution

AELE : Association Européenne de libre-échange

AGCS ou GATS : Accord général sur le commerce des services

AGETAC : Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce

ALENA : Accord de libre-échange nord-américain

AMGI : Agence multilatérale de garantie des investissements

AMI : Accord multilatéral sur l'investissement

APPI : Accord de promotion et de protection des investissements

BEI : Banque européenne d'investissement

CCG : Conseil de Coopération des pays de Golfe

CCI : Chambre de commerce internationale

CCS : Chambre de commerce de Stockholm

CDI : Commission du droit international

CEDH : Cour Européenne des droits de l'Homme

CIADH : Cour inter-américaine des droits de l'Homme

CIETAC : Chambre chinoise

CIRDI : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

CNUCED : Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement

CNUDCI : Commission des Nations unies pour le droit commercial international

CPA : Cour permanente d'arbitrage

ECOFIN : Conseil des ministres de l'Economie et des finances (de l'UE).

FIDIC : Fédération internationale des ingénieurs conseils

FMI : Fonds Monétaire International

FTN : Firmes transnationales

GATT : General Agreement on Tariffs and Trade

IDE : Investissements directs Etrangers

IED : Investissements étrangers directs
IPO : Introductions en bourse
LCIA : London Court of international arbitration
LLC : Limited Liability Company
MARC : Mode alternatif de règlement
MIC : Mesures concernant les investissements et liées au commerce
NPF : Normes de protection absolues
OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques
OIC : Organisation internationale du commerce
OMC : Organisation Mondiale pour le Commerce
ONU : Organisation des Nations Unies
OPEP : Organisation des Pays Producteurs de Pétrole
OPI : Ordre public international
PIB : Produit Intérieur Brut
PME : Petite et moyenne entreprise
PSC : Contrats de partage de production
QE : Bourse du Qatar
QFC : Qatar Financial Center
QIA : Qatar Investment Authority
QICRDC : Cour internationale de Qatar et de la résolution de différends
QNB : Qatar National Bank
QR : Riyals qatariens
Sidro : Société internationale d'Énergie hydro-électrique
TBI : Traités bilatéraux d'investissement
UE : Union Européenne
UNCTC : Commission des Nations unies sur les firmes transnationales

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux.

- AUDIT (M.), BOLLÉE (S.) et CALLÉ (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2^e éd., 2016
- CAREAU (D.) et JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Dalloz, 5e éd., 2013
- DAILLIER (P) et PELLET (A), *Droit international public*, L.G.D.J., 7e éd., 2012
- DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2e éd., 2017
- DUPUY (P.M.) et KERBRAT (Y), *Droit international public*, Paris, Dalloz, 11ème édition, 2012
- FILLER (E.), *Commercial Mediation in Europe : An Empirical Study of the User Experience*, Kluwer, 2012
- GAZZINI, *Interpretation of (allegedly) Self-Judging Clauses in Bilateral Investment Treaties*, in FITZMAURICE, ELIAS et MERKOURIS [Ed.], *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties : 30 Years on*, 2010, Martijn Nijhoff,
- GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1988
- HACKWOHTH, *Digest of International Law*, t. V, 1945
- MCILWRATH (M.) et SAVAGE (J.), *International Arbitration and Mediation : A Practical Guide*, Kluwer, 2010
- MERCIAI (P.), *Les entreprises multinationales et le droit international*, Bruylant, 1993
- NANTEUIL (A. de), *Droit international de l'investissement*, LGDJ, 2^e éd., 2017.
- OPPENHEIM -LAUTERPACHT, *International Law*, 8e éd., t. 1, 1958

- ROBERT-CUENDET (S.) et STERN (B.), *Droit des investissements internationaux - Perspectives croisées*, Bruylant, 2017.
- ROUSSEAU (Ch.), *Principes généraux du droit international public*, 1944,
- SERAGLINI (Ch.) et ORTSCHIEDT (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013
- SFDI, *L'entreprise multinationale et le droit international*, Pedone, 2017.
- SIBERT (M.), *Traité de Droit international public*, 1951
- SERAGLINI (Ch.) et ORTSCHIEDT (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013,
- STERN (B.), « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement », *in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle, À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Mélanges offerts à Philippe Kahn, 2000, Litec

Ouvrages spéciaux, monographies et thèses.

- ATANASOY (O.), *Recherche sur la notion d'investisseur protégé par le droit international*, Thèse, 2017
- BENCHENEB (A.), « Sur l'évolution de la notion de l'investissement », dans LEBEN (CH.) et LOQUIN (E.), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle*, Paris, Litec, 2000
- BEN HAMIDA (W.) *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse de doctorat Université Panthéon Assas, 2003
- DE LA PRADELLE (A.) et POLITIS (N.), *Recueil des arbitrages internationaux*, T. 3, 1954
- LA FONTAINE (H.), *Pasicrisie internationale, Histoire documentaire des arbitrages*

Internationaux, 1794-1900, Stämpfli & Cie, Berne, 1902, Réed. Nijhoff, La Haye, 1997

- La Pkadeixe et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. I,

- LEMAIRE (S.), *Les contrats internationaux d'administration*, LGDJ, 2005

- MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autre États*, Litec, 2004

- MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États. Trente années d'activité du CIRDI*, Dijon, CREDIMI, Paris, 2004, Litec

- NAJJAR (N.), *Arbitrage dans les pays arabes et commerce international*, LGDJ, 2016

- PLANIOLI (R.), *Traité pratique de droit civil français*, 2e éd., 1952, t. VI

- SCHREUER (C.H.) et al., *The ICSID Convention. A Commentary*, 2e éd., Cambridge, 2009, University Press

- TAVERNIER (P.), *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public*, Paris, LGDJ, 1970,

- TYAN (É.), *Institutions de droit public en Islam*, Paris, 1954, vol. 1,

- TOMSIC, *La reconstruction du droit international en matière de traités*, 1931

- VITTA (E.), *La validité des traités internationaux*, Leyde, 1940,

- WEIL (P.), *Droit international et contrat d'État*, Pedone, 1981

Articles, encyclopédies, dictionnaires et répertoires.

- ALVAREZ-JIMENEZ, « Foreign Investment Protection and Regulatory Failures as States' Contribution to the State of Necessity under Customary International Law », *Journal of International Arbitration*, 2010/2

- AUDIT (M.) et CAZALA (J.), « Droit des investissements internationaux – Présentation et sources », *Lexis*, Fasc. 572-50, 2016.

- AUDIT (M.), « Droit des investissements internationaux », *JCL. dr. int.*, 2017

- BALENSI (J.) et LAPP (Ch.), « L'essor des modes alternatifs de résolution de conflits », *Option Droit & Affaires*, 4 févr. 2015
- BASTID (S.), « Le droit international public dans la sentence de l'Aramco », *Annuaire Français de Droit international*, 1961
- BEN HAMIDA (W), « la clause relative à l'exclusion des avantages (Denial of Benefits Clause) jurisprudence arbitrale en matière d'investissement : réflexions sur les affaires Amto et Yukos », 2012
- BEN HAMIDA (W.), « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI ? », *Cah. arb.*, 2007/4,
- BERNARDINI (P.), « Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments », *J. World Energy L. & Bus.*, 2008
- BERLIN (D.), « Contrats d'État », *Rép. dr. int.*, 2014,
- BEYNEIX (I.) et LEMMET (L.-C.), « L'arbitrage international est-il encore véritablement un mode alternatif de règlement des différends ? », *RTD Com.*, 2012
- BONIFACE (P.) et MATELLY (S.): « Les relations économiques entre la France et le Qatar : Des bénéfices mutuels », ressource électronique, Institut de relations internationales et stratégiques », mars 2016
- CARREAU (D.), « Investissements », *Dalloz*, 2017.
- CARREAU (D.), « Investissement », *Rép. dr. int.*, 2017,
- CAZALA (J.), « Investissements internationaux – Principes de traitement et de protection », *Lexis*, Fasc. 572-60, 2017.
- CUNY (D.), « Qu'est-ce qu'un green bond ? », *La Tribune*, déc. 2017.
- DEHARO (G.), « Médiation, une justice équitable et durable ? », *in Les Cahiers de l'Arbitrage*, Vol. IV, 2008

- DUPOIRIER (C.) et TRAVAINI (G.), « Decision of the French Supreme Court of 12 December 2014 », *Lexology*, 9 mars 2015
- DO NASCIMENTO E SILVA (G.), « Le facteur temps et les traités », *RCADI*, vol. 154, 1977-1
- FADLALLAH, « La nationalité de l'investisseur dans l'arbitrage CIRDI », *Gaz Pal*, 2008
- FITZMAURICE, « 3e rapport sur le droit des traités », *Annuaire*, 1958
- GUILLAUME-HOFNUNG (M.), « La médiation », *AJDA*, 1997,
- GAILLARD (E.), « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.*, 2011.
- GOLMAN (B.), « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, réalité et perspective », *JDI*, 1979
- HORCHANI (F), « Le code tunisien d'incitation aux investissements », *JDI*, 1998
- JACKSON (R.), QC, « From Novelty to Necessity : Developments in Mediation in English Law and Practice and their Impact on Construction Disputes », *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2013,
- JAROSSON (Ch.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits : Présentation générale », *RIDC* 2-1997
- JOLLES (A.), « Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses : Issues of Enforcement », *Arbitration*, Vol. 72, 2006
- KAVALI (D.), « Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses », *Journal of International Arbitration*, 2010
- KHAN (P.), « L'interprétation des contrats internationaux », *JDI*, 1981
- LEBEN (C.), « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *Rec. cours La Haye*, t. 302, 2003
- LEBEN (C.), « Arbitrage (CIRCI) », *Rep. dr. inter.*, 2010
- LOQUIN (E.), « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage, Commentaire du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *cette Revue*, 2011
- LEMAIRE (S.), « La mystérieuse « umbrella clause » : interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements », *Rev. arb.*, 2009
- H. Le Nabasque, P. Dunaud et P. Elsen, « Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires

», *Actes prat. ing. sociétaire* 5/1992

- MARTIN, « Investment Disputes after Argentina's Économic Crisis : Interpreting BIT Non-precluded Measures and the Doctrine of Necessity under Customary International Law », *Journal of International Arbitration*, 2012/1

- MOREAU (B.), « L'arbitrage international », *Rép. dr. com.*, mars 2010

- MONTEMBAULT (B.), « La stabilisation des contrats d'État à travers l'exemple des contrats pétroliers. Le retour des dieux de l'Olympe ? », *RDAI*, n° 6, 2003

- PAULSSON (J.), « Arbitration without Privity », *ICSID Rev.*, 1995/2

- PELLET (A.), « Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. suite - et fin ? », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 48, 2002

- PETERS (P.), « Exhaustion of Local Remedies Ignored in Most Bilateral Investment Treatises », *Netherland Review of International Law*, 1996

- PILIU (F), « À qui appartient la France ? », First, 2015

- POIRAT (F.), « L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'énergie : procédure de règlement des différends et statut des personnes privées », *RGDIP*, 1998

- POILLOT-PERUZZETTO (S.), « Médiation », *Rép. dr. eur.*, 2017

- M. REUTER, « Principes de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de Droit international*, 1961

- RIPEKX (G.) in « Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, 1933

- ROSSILLION (C.), « La clause de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice », *JDI*, 1955

- SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant/AUF, 2001

-SCHREUER (C.), « Full Protection and Security », *Journal of international dispute settlement*, n° 2, 2010

- SCHILL (W.), « International Investment Law and the Host State's Power to Handle Economic Crises », *Journ. of International Arbitration*, 2007/3

- SCHERER (M.) et MOSS (S.), « Swiss and English courts analyse enforceability of multi-

tier dispute resolution provision providing for DAB proceedings (FIDIC, clause 20) », *Bull. ASA*, Vol. 32, 2014,

- SCHWARZENBERGER, « The fundamental principles of international Law », *R.C.A.D.I.*, 1955, t. I,

- SWEET (L.), « Obligation to be Friendly : An Enforceable Condition Precedent to Arbitration ? », *GAR The European, Middle Eastern and African Arbitration Review*, 2015

- TITI (C.), « Full Protection and Security, Arbitrary or Discriminatory Treatment and the Invisible EU Model BIT », *Journal of World Investment & Trade*, 2014

- VERMEER-KUNZLI (A), « As if : the legal fiction in diplomatic protection », *EJIL*, 2007

- M. VITAL-DURAND, « Utilisation des clauses combinées en arbitrage commercial international : l'exemple du traitement des clauses combinées dans les arbitrages CCI, Versailles International », *Arbitration and Business Law Review*, 2012

- WALDE (W) et KOLO (A) « Investor-State disputes : the interface between treaty-based international investment protection and fiscal sovereignty » *Intertax*, 2007

- JÈZE (G.), « La garantie des emprunts publics d'Etat », *Recueil de cours*. T. 7, 1925.

- MAYER (P.), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière du contrat d'État ». *JDI*, 1986.

Communications et rapports.

- COLIN (A.), « Investissement : Dictionnaire des sciences économiques » 4e éd. 2013

- OCDE, « Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux », 4e éd. 2008

- CIRDI, « Rapport annuel », 2015

- CNUCED, « Accord de libre échange Nord-Américain (ALENA) », Compendium, tome III

- OCDE, *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*, Paris, 2006 ; *International Investment Law : Understanding Concepts and Tracking Innovations*, 2008

- FOUCHARD (Ph.), « Les travaux de la Cnudci et le nouvel ordre économique international », in La formation des normes en droit international du développement, table ronde franco-maghrébine, le 7 et 8 octobre 1982, CRESM, Paris/Alger, CNRS/OPU, 1984
- UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006 : Trends in Investments Rulemaking*, 2007, Genève, 2008
- World Investment Report, 2016

ANNEXE 1

Journal Officiel du 8 août 2000 - Numéro 182 - Page 12297 à 12300

Décrets, arrêtés, circulaires

Textes généraux

Ministère des affaires étrangères

Décret n° 2000-775 du 1 août 2000 du 1er août 2000 portant publication de l'accord entre le
Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Qatar sur
l'encouragement et la protection réciproques des investissements,
signé à Doha le 8 juillet 1996 (1).

NOR : MAEJ0030071D

Le Président de la République,

Sur le rapport du Premier ministre et du ministre des affaires étrangères,

Vu les articles 52 à 55 de la Constitution ;

Vu la loi n° 99-981 du 1er décembre 1999 autorisant l'approbation de l'accord entre le
Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Qatar sur
l'encouragement et la protection réciproques des investissements (ensemble une annexe),
signé à Doha le 8 juillet 1996 ;

Vu le décret n° 53-192 du 14 mars 1953 modifié relatif à la ratification et à la publication des
engagements internationaux souscrits par la France,

Décète :

Article 1er

L'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Qatar sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (ensemble une annexe), signé à Doha le 8 juillet 1996, sera publié au Journal officiel de la République française.

Article 2

Le Premier ministre et le ministre des affaires étrangères sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le 1er août 2000.

Par le Président de la République :

Jacques Chirac

Le Premier ministre,

Lionel Jospin

Le ministre des affaires étrangères,

Hubert Védrine

(1) Le présent accord est entré en vigueur le 27 juillet 2000.

ANNEXE 2

ACCORD ENTRE LE GOUVERNEMENT DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE ET LE GOUVERNEMENT DE L'ETAT DU QATAR SUR L'ENCOURAGEMENT ET LA PROTECTION RECIPROQUES DES INVESTISSEMENTS

Le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Qatar, ci-après dénommés « les Parties contractantes »,

Désireux de renforcer la coopération économique entre les deux Etats et de créer des conditions favorables pour les investissements français au Qatar et du Qatar en France ;

Persuadés que l'encouragement et la protection de ces investissements sont propres à stimuler les transferts de capitaux et de technologie entre les deux pays, dans l'intérêt de leur développement économique, sont convenus des dispositions suivantes :

Article 1er

Pour l'application du présent Accord et sauf disposition contraire dans le présent Accord :

1. Le terme « investissement » désigne tous les avoirs tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures et plus particulièrement mais non exclusivement :

a) Les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnements et droits analogues ;

b) Les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes ;

c) Les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant valeur économique ;

d) Les droits de propriété intellectuelle, commerciale et industrielle tels que les droits d'auteur, les brevets d'invention, les licences, les marques déposées, les modèles et maquettes industrielles, les procédés techniques, le savoir-faire, les noms déposés et la clientèle ;

e) Les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans la zone maritime des Parties contractantes.

Il est entendu que lesdits investissements doivent être ou avoir été réalisés conformément à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est effectué, avant ou après l'entrée en vigueur du présent Accord.

Toute modification de la forme d'investissement des avoirs n'affecte pas leur qualification d'investissement à condition que cette modification ne soit pas contraire à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est réalisé.

2. Le terme d'« investisseurs » désigne tout national ou société ou le Gouvernement de la République française ou de l'Etat du Qatar.

3. Le terme de « nationaux » désigne les personnes physiques possédant la nationalité de l'une des Parties contractantes.

4. Le terme de « sociétés » désigne toute personne morale constituée sur le territoire de l'une des Parties contractantes, conformément à la législation de celle-ci et y possédant son siège social ou contrôlée directement ou indirectement par des nationaux de l'une des Parties contractantes ou par des personnes morales possédant leur siège social sur le

territoire de l'une des Parties contractantes et constituées conformément à la législation de celle-ci.

5. Le terme de « revenus » désigne toutes les sommes produites par un investissement, telles que bénéfices, redevances ou intérêts, durant une période donnée. Les revenus de l'investissement et, en cas de réinvestissement, les revenus de leur réinvestissement jouissent de la même protection que l'investissement.

6. Le présent Accord s'applique au territoire de chacune des Parties contractantes ainsi qu'à la zone maritime de chacune des Parties contractantes, ci-après définie comme la zone sur laquelle elles ont, en conformité avec le droit international, des droits souverains et une juridiction aux fins de prospection, d'exploitation et de préservation des ressources naturelles.

Article 2

Chacune des Parties contractantes admet et encourage, dans le cadre de la législation et des dispositions du présent Accord, les investissements effectués par les investisseurs de l'autre Partie sur son territoire et dans sa zone maritime.

Article 3

Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer un traitement juste et équitable conformément aux principes du droit international, aux investissements des investisseurs de l'autre Partie réalisés sur son territoire et dans sa zone maritime en conformité avec sa législation et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait.

Article 4

Chaque Partie contractante applique, sur son territoire et dans sa zone maritime, aux investisseurs de l'autre Partie, en ce qui concerne leurs investissements et activités liées à ces investissements, un traitement non moins favorable que celui accordé à ses

investisseurs, ou le traitement accordé aux investisseurs de la nation la plus favorisée, si celui-ci est plus avantageux. A ce titre les nationaux autorisés à travailler sur le territoire et dans la zone maritime de l'une des Parties contractantes doivent pouvoir bénéficier des facilités matérielles appropriées pour l'exercice de leurs activités professionnelles.

Ce traitement ne s'étend toutefois pas aux privilèges qu'une Partie contractante accorde aux investisseurs d'un Etat tiers, en vertu de sa participation ou de son association à une zone de libre-échange, une union douanière, un marché commun ou toute autre forme d'organisation économique régionale.

Les dispositions de cet article ne s'appliquent pas aux questions fiscales.

Article 5

1. Les investissements effectués par des investisseurs de l'une ou l'autre des Parties contractantes bénéficient sur le territoire et dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, d'une protection et d'une sécurité pleines et entières.

2. Les Parties contractantes ne prennent pas de mesures d'expropriation ou de nationalisation ou toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement, les investisseurs de l'autre Partie des investissements leur appartenant sur leur territoire et dans leur zone maritime, si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier.

Toutes les mesures de dépossession qui pourraient être prises doivent donner lieu au paiement d'une indemnité prompte et adéquate dont le montant, égal à la valeur économique réelle des investissements concernés, doit être évalué par rapport à une situation économique normale et antérieure à toute menace de dépossession.

Cette indemnité, son montant et ses modalités de versement sont fixés au plus tard à la date de la dépossession. Cette indemnité est effectivement réalisable, versée sans retard et librement transférable. Elle produit, jusqu'à la date de versement, des intérêts calculés au taux d'intérêt de marché approprié.

3. Les investisseurs de l'une des parties contractantes dont les investissements auront subi des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé, révolution, état d'urgence national ou révolte survenu sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, bénéficieront, de la part de cette dernière, d'un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres investisseurs ou à ceux de la nation la plus favorisée.

Article 6

Chaque Partie contractante, sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle des investissements ont été effectués par des investisseurs de l'autre Partie contractante, accorde à ces investisseurs le libre transfert :

- a) Des intérêts, dividendes, bénéfices et autres revenus courants ;
- b) Des redevances découlant des droits incorporels désignés au paragraphe 1, lettres d et e de l'article 1er ;
- c) Des versements effectués pour le remboursement des emprunts régulièrement contractés ;
- d) Du produit de la cession ou de la liquidation totale ou partielle de l'investissement, y compris les plus-values du capital investi ;
- e) Des indemnités de dépossession ou de perte prévues à l'article 5, paragraphes 2 et 3 ci-dessus.

Les nationaux de chacune des Parties contractantes qui ont été autorisés à travailler sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, au titre d'un investissement agréé, sont également autorisés à transférer dans leur pays d'origine une quotité appropriée de leur rémunération.

Les transferts visés aux paragraphes précédents sont effectués sans retard au taux de change normal applicable à la date du transfert.

Article 7

Dans la mesure où la réglementation de l'une des Parties contractantes prévoit une garantie pour les investissements effectués à l'étranger, celle-ci peut être accordée, dans le

cadre d'un examen cas par cas, à des investissements effectués par des investisseurs de cette Partie sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie.

Les investissements des investisseurs de l'une des Parties contractantes sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie ne pourront obtenir la garantie visée à l'alinéa ci-dessus que s'ils ont, au préalable, obtenu l'agrément de cette dernière Partie.

Article 8

1. Tout différend de nature juridique en relation directe avec un investissement entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante est réglé à l'amiable entre les deux Parties concernées.

2. Si un tel différend n'a pas pu être réglé dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par écrit par l'une ou l'autre des Parties au différend, il est soumis à la demande de l'une ou l'autre de ces Parties à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 18 mars 1965.

3. Dans l'hypothèse où la convention mentionnée dans le paragraphe précédent n'est pas applicable, le différend est réglé par un arbitrage ad hoc. Le Tribunal d'arbitrage ad hoc sera constitué de la manière suivante :

a) Chaque Partie au différend désigne un membre, et les deux membres désignent, d'un commun accord, un ressortissant d'un Etat tiers qui est nommé président par les deux Parties. Tous les membres doivent être nommés dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle une des Parties a fait part à l'autre Partie de son intention de soumettre le différend à arbitrage ;

b) Si les délais fixés au paragraphe 3 ci-dessus n'ont pas été observés, l'une ou l'autre Partie, en l'absence de tout accord applicable, invite le président de la Chambre de commerce internationale de Paris à procéder aux désignations nécessaires ;

c) Le tribunal d'arbitrage prend ses décisions à la majorité des voix. Ces décisions sont définitives et exécutoires de plein droit pour les Parties. Elles sont prises en conformité avec

les dispositions de cet accord, la législation de la Partie contractante partie au différend et les principes du droit international.

Le tribunal fixe son règlement conformément au règlement d'arbitrage de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

Il interprète la sentence à la demande de l'une ou l'autre Partie. A moins que le tribunal n'en dispose autrement, compte tenu de circonstances particulières, les frais de la procédure arbitrale, y compris les vacations des arbitres, sont réparties également entre les Parties. A moins que les Parties n'en disposent autrement, le lieu de l'arbitrage est le siège du tribunal d'arbitrage permanent à La Haye (Pays-Bas).

Article 9

Si l'une des Parties contractantes, en vertu d'une garantie donnée pour un investissement réalisé sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie, effectue des versements à l'un de ses investisseurs, elle est, de ce fait, subrogée dans les droits et actions de cet investisseur.

Lesdits versements n'affectent pas les droits du bénéficiaire de la garantie à recourir au CIRDI ou au tribunal d'arbitrage ad hoc mentionné à l'article 8 ou à poursuivre les actions introduites devant eux jusqu'à l'aboutissement de la procédure.

Article 10

Les investissements ayant fait l'objet d'un engagement particulier de l'une des Parties contractantes à l'égard des investisseurs de l'autre Partie contractante sont régis, sans préjudice des dispositions du présent Accord, par les termes de cet engagement dans la mesure où celui-ci comporte des dispositions plus favorables que celles qui sont prévues par le présent Accord.

Article 11

1. Les différends relatifs à l'interprétation, à l'application ou à la cessation du présent Accord doivent être réglés, si possible, par la voie diplomatique.

2. Si, dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des Parties contractantes, le différend n'est pas réglé, il est soumis, à la demande de l'une ou l'autre Partie contractante, à un tribunal d'arbitrage.

3. Ledit tribunal sera constitué pour chaque cas particulier de la manière suivante : chaque Partie contractante désigne un membre, et les deux membres désignent, d'un commun accord, un ressortissant d'un Etat tiers qui est nommé président du tribunal par les deux Parties contractantes. Tous les membres doivent être nommés dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle une des Parties contractantes a fait part à l'autre Partie contractante de son intention de soumettre le différend à arbitrage.

4. Si les délais fixés au paragraphe 3 ci-dessus n'ont pas été observés, l'une ou l'autre Partie contractante, en l'absence de tout autre accord, invite le secrétaire général de l'Organisation des Nations unies à procéder aux désignations nécessaires. Si le secrétaire général est ressortissant de l'une ou l'autre Partie contractante ou si, pour une autre raison, il est empêché d'exercer cette fonction, le secrétaire général adjoint le plus ancien et ne possédant pas la nationalité de l'une des Parties contractantes procède aux désignations nécessaires.

5. Le tribunal d'arbitrage prend ses décisions à la majorité des voix. Ces décisions sont définitives et exécutoires de plein droit pour les Parties contractantes.

Le tribunal fixe lui-même son règlement. Il interprète la sentence à la demande de l'une ou l'autre Partie contractante. A moins que le tribunal n'en dispose autrement, compte tenu de circonstances particulières, les frais de la procédure arbitrale, y compris les vacations des arbitres, sont répartis également entre les Parties contractantes.

Article 12

Chacune des Parties notifiera à l'autre par la voie diplomatique l'accomplissement des procédures internes requises pour l'entrée en vigueur du présent Accord, qui prendra effet un mois après le jour de la réception de la dernière notification.

L'accord est conclu pour une durée initiale de dix ans. Il restera en vigueur après ce terme, à moins que l'une des Parties ne le dénonce par la voie diplomatique avec préavis d'un an.

A l'expiration de la période de validité du présent Accord, les investissements effectués pendant qu'il était en vigueur continueront de bénéficier de la protection de ses dispositions pendant une période supplémentaire de vingt ans.

Fait à Doha, le 8 juillet 1996, en deux originaux, chacun en langues française, arabe et anglaise, les trois textes faisant également foi.

Pour le Gouvernement

de la République française :

Hervé de Charette

Ministre des affaires étrangères

Pour le Gouvernement

de l'Etat du Qatar :

Cheikh Mohammed

Bin Khalifa al Thani

Ministre des finances,

de l'économie et du commerce.

ANNEXE 3

En ce qui concerne l'article 3 :

a) Sont considérées comme des entraves de droit ou de fait au traitement juste et équitable toute restriction à l'achat et au transport de matières premières et de matières auxiliaires, d'énergie et de combustibles, ainsi que de moyens de production et d'exploitation de tout genre, toute entrave à la vente et au transport des produits à l'intérieur du pays et à l'étranger, ainsi que toutes autres mesures ayant un effet analogue ;

b) Les Parties contractantes examineront avec bienveillance, dans le cadre de leur législation interne, les demandes d'entrée et d'autorisation de séjour, de travail et de circulation introduites par des nationaux d'une Partie contractante, au titre d'un investissement réalisé sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante.

Pour le Gouvernement
de la République française :

Hervé de Charette
Ministre des affaires étrangères

Pour le Gouvernement
de l'Etat du Qatar :
Cheikh Mohammed
Bin Khalifa al Thani
Ministre des finances,
de l'économie et du commerce

Source : Journal officiel