

L'impact du contentieux d'investissement sur les deniers publics

The impact of investment litigation on the public funds

Auteur 1 : LAZRAK HASSOUNI Youness,
Auteur 2 : CHARQI Wissal

LAZRAK HASSOUNI Youness, (Docteur en droit privé.)
Professeur à l'Université Hassan 1er Settat, Maroc
Lazrak.youness@gmail.com

CHARQI wissal, (Doctorante en sciences juridiques et politiques.)
Université Mohamed V- FSJES Souissi, Rabat, Maroc
Wissalcharqi@gmail.com

Déclaration de divulgation : L'auteur n'a pas connaissance de quelconque financement qui pourrait affecter l'objectivité de cette étude.

Conflit d'intérêts : L'auteur ne signale aucun conflit d'intérêts.

Pour citer cet article : Lazrak Hassouni. Y et Charqi. W. (2021) « L'impact du contentieux d'investissement sur les deniers publics », Revue African Scientific Journal, Volume 3, Numéro 11, pp : 393-420.

Date de soumission : Mars 2022

Date de publication : Avril 2022



DOI: 10.5281/zenodo.6555123

Copyright © 2022 – ASJ



Résumé

Le contentieux d'investissement occasionne d'importantes charges à l'Etat d'accueil, notamment en termes d'attractivité des investissements directs étrangers (IDE). Pour les pays d'accueils, le recours à l'IDE est un enjeu important pour le développement puisqu'il permet de former un capital fixe, des progrès techniques dû au transfert de la technologie, sans oublier l'accroissement des échanges et la création d'emplois. Néanmoins, les contentieux avec l'investisseur est un facteur d'instabilité, par conséquent l'existence et l'augmentation du nombre des contentieux d'investissement entraîne une réputation négative.

L'objectif de cet article est de mettre en exergue, les charges et les frais qui peuvent être occasionnés par les procédures d'arbitrage d'investissement en essayant de proposer des solutions susceptibles de minimiser l'impact de ces charges et du contentieux d'investissement en général sur les deniers publics. Ainsi, dans un premier lieu nous allons effectuer une analyse empirique des charges liées directement aux procédures d'arbitrage et pour analyser en second lieu les mécanismes et les instruments susceptibles de réduire les effets du contentieux arbitral d'investissement sur les deniers publics.

Mots clés : IDE ; Contentieux ; Frais ; Investissements, Impact ; Deniers publics.

Abstract

Investment disputes cause important burdens to the host country, especially in terms of the attractiveness of foreign direct investments (FDI). For the host countries, the recourse to FDI is an important stake for the development since it makes it possible to form a fixed capital, technical progress due to the transfer of technology, without forgetting the increase of the exchanges and the creation of employment. Nevertheless, the litigation with the investor is a factor of instability, therefore the existence and the increase in the number of investment disputes leads to a negative reputation.

The objective of this article is to highlight the costs and expenses that may be incurred by investment arbitration proceedings and to propose solutions likely to minimize the impact of these costs and of investment litigation in general on public funds. Thus, in a first place we will carry out an empirical analysis of the charges directly related to the arbitration procedures and to analyze in the second place the mechanisms and the instruments likely to reduce the effects of the arbitral litigation of investment on the public funds.

Keywords : FDI; Litigation; Fees; Investments, Impact; Public funds.

Introduction

Durant les deux dernières années cinq nouveaux recours ont été introduits devant le centre de règlement des différends d'investissement CIRDI contre le royaume du Maroc. Ces litiges opposent le royaume à cinq différentes sociétés étrangères sur la base de cinq différents accords bilatéraux d'investissement¹.

Cette prolifération des contentieux d'investissement remet en question non seulement l'attractivité du pays en terme d'investissements directs étrangers (IDE) mais engendre également d'importantes dépenses financières, il s'agit des coûts directs et indirectes de la procédure arbitrale.

En effet, gérer une procédure arbitrale internationale nécessite l'engagement de sommes pharamineuses : honoraires des conseils et des avocats, les charges du centre d'arbitrage et du tribunal arbitral ainsi que diverses charges tels que les déplacements, les expertises et le cas échéant les traductions.

La somme de ces différentes charges occasionne d'importantes pertes au trésor public et menace même dans certains cas la stabilité financière de l'Etat et ce compte tenu du montant de l'indemnisation qui peut être prononcé en faveur de l'investisseur, montant alloué en devise. Cette éventualité impose l'adoption d'une politique publique dédiée à la prévention et la gestion des risques liés aux opérations d'investissements.

Ceci dit, un arbitrage d'investissement est un mode de règlement des différends entre un investisseur étranger² et l'Etat dans lequel se trouve son investissement³. La majorité du temps

¹Scholz Holding GmbH c. Royaume du Maroc (ICSID Affaire n ° ARB / 19/2) [Allemagne - Maroc BIT \(2001\)](#) ; Impresa Pizzarotti & CSpA c. Royaume du Maroc (ICSID Affaire n ° ARB / 19/14) [Italie - Maroc BIT \(1990\)](#) ; Carlyle Commodity Management LLC, gestion Carlyle Investment LLC, Céladon Commodities Fund LP et autres c. Royaume du Maroc (ICSID Affaire n ° ARB / 18/29) [Maroc - Etats-Unis FTA \(2004\)](#) ; Corral Maroc Holdings AB c. Royaume du Maroc (ICSID Affaire n ° ARB / 18/7) [Maroc - Suède BIT \(1990\)](#). Finetis SARL et Finetis Maroc SA c. Royaume du Maroc (CIRDI, affaire n ° ARB/21/44) Maroc- France BIT (1996).

² [La définition de l'investisseur est liée principalement à la notion de la nationalité, ainsi toute personne physique ou morale détenant la nationalité de l'autre partie contractante peut être considérée comme un investisseur. La question de la double nationalité peut être source de confusion surtout que l'article 25 de la convention de Washington relative à la compétence du CIRDI précise que les bi-nationaux \(nationalité de l'autre Etat partie au litige\) sont exclus du champ de la protection. Néanmoins, la jurisprudence du CIRDI reconnaît au tribunal arbitral la faculté d'apprécier et de se prononcer sur la nationalité de l'investisseur, par conséquent il ne suffit pas d'avancer des documents administratifs justifiant une nationalité, ces documents seront examinés par le tribunal arbitral.](#)

³ [Concernant la définition de l'investissement, il faut savoir qu'elle ne figure pas dans le texte de la convention de Washington de 1965 instituant le CIRDI il revient ainsi aux tribunaux arbitraux de définir ce qu'est un investissement protégé par le CIRDI. Ainsi, on distingue entre deux théories : volontariste](#)

ce type d'arbitrage se déroule sous les auspices du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements "CIRDI", centre créé dans cet objectif par la Banque Mondiale à travers la convention de Washington de 1965, que le Maroc a signé le 11 octobre 1965 et ratifié le 11 mai 1967 (entrée en vigueur le 10 juin 1967) ; il existe également des arbitrages qui se déroulent sous les auspices des règles de la CNUDCI ou des arbitrages ad hoc, néanmoins, le CIRDI demeure le centre d'arbitrage le plus sollicité pour les contentieux d'investissement.

La compétence du CIRDI pour résoudre un litige d'investissement peut résulter d'une clause compromissoire, incluse dans le contrat d'investissement conclu entre l'Etat d'accueil et l'investisseur ou sur le fondement d'une clause prévue par un instrument international tel qu'un traité bilatéral d'investissement (TBI) ou un Accord de Libre Echange (ALE ou FTA) ou encore une convention multilatérale (notamment l'accord instituant la Cour Arabe d'Investissement). Le recours au CIRDI peut être également prévu par la législation nationale (la charte d'investissement).

Ce type d'arbitrage a plusieurs défauts ou lacunes, mais en pratique un seul défaut est largement reconnu par les investisseurs et les Etats et qui se matérialise à travers le coût engendré. Ce dernier peut être difficilement supporté voir même exaspérant pour les investisseurs qui ne peuvent pas saisir l'arbitre pour demander réparation d'un préjudice subi, ce coût est davantage insupportable pour les Etats d'accueil puisque les deniers publics peuvent être mieux utilisés que payés à des cabinets conseil et aux tribunaux arbitraux.

Le contentieux d'investissement occasionne d'importantes charges à l'Etat d'accueil, notamment en termes de l'attractivité des investissements directs étrangers (IDE). Pour les pays d'accueils, le recours à l'IDE est un enjeu important pour le développement puisqu'il permet de former un capital fixe, des progrès techniques dû au transfert de la technologie, sans oublier l'accroissement des échanges et la création d'emplois. Néanmoins, les contentieux avec

[et celle autonome. Pour la théorie volontariste ou subjective, il suffit que l'opération litigieuse soit prévue par l'accord des parties pour être qualifiée d'opération protégée ; tandis que pour la théorie objective la qualification d'investissement ne dépend pas de la volonté des parties ou de leur consentement à l'arbitrage mais de la réunion des critères objectifs qui constituent au regard de la Convention de Washington la définition de l'investissement. Ces critères ne sont pas prévus par la convention de Washington, néanmoins la jurisprudence arbitrale a dégagé quatre critères pour pouvoir qualifier une opération : d'investissement protégé par la convention de Washington, à savoir, « des apports, une certaine durée d'exécution et une participation aux risques de l'opération » et « la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil de l'investisseur ». Néanmoins, un certain relativisme doit être accordé à ces critères, vu l'instabilité des tribunaux arbitraux quant aux critères objectifs de la définition de la notion d'investissement.](#)

l'investisseur est un facteur d'instabilité, par conséquent l'existence et l'augmentation du nombre des contentieux d'investissement entraîne une réputation négative et l'investisseur a tendance à préférer la stabilité puisque un investissement est une opération économique qui dure un certain temps.

Dans cette recherche il n'est pas question de traiter des impacts ou des effets de l'existence ou la prolifération des contentieux d'investissement sur l'attractivité du pays en termes d'IDE, mais il s'agit plutôt de mettre en exergue, les charges et les frais occasionnés directement par les procédures d'arbitrage impliquant le royaume du Maroc en essayant de proposer des solutions susceptibles de minimiser l'impact de ces charges et du contentieux d'investissement en général sur les deniers publics.

Ainsi, dans un premier lieu nous allons effectuer une analyse empirique des charges liées directement aux procédures d'arbitrage et qui sont généralement répertoriées comme suit : les frais d'arbitre(s) et les frais de l'administration de l'arbitrage, les honoraires des conseils et avocats, les frais d'experts et l'audition des témoins, pour analyser en second lieu les mécanismes et les instruments susceptibles de réduire les effets du contentieux arbitral d'investissement sur les deniers publics.

1. L'analyse empirique des charges des procédures arbitrales d'investissement

Il sied de distinguer entre les honoraires et les frais d'arbitre (s), les frais de l'administration de la procédure, les honoraires des avocats, les coûts des expertises et les autres charges dont : les traductions, l'audition des témoins et autres.

1.1 Les honoraires et les frais d'arbitre(s) et les frais des institutions arbitrales

Selon une étude récente publiée par un cabinet d'avocat spécialisé en matière d'arbitrage⁴, le coût de l'arbitrage d'investissement est en hausse. Ainsi, avant l'année 2013 le coût moyen des charges supportées par les parties au litige était de 4.4 millions USD pour le demandeur et de 4.6 millions USD pour le défendeur, désormais (après 2013) ce coût est de 7.4 millions USD (pour la partie demanderesse) et de 5.2 millions (pour la partie défenderesse). Ce qui représente une hausse de 68% et de 13% respectivement.

⁴ Matthew Hodgson and Alastair Campbell: "Damages and costs in investment treaty arbitration revisited", in The International Journal of Commercial and Treaty arbitration; this article was first published in the Global Arbitration Review online news, 14 December 2017. Disponible sur: https://www.allenoverly.com/global/-/media/sharepoint/publications/sitecollectiondocuments/14-12-17_damages_and_costs_in_investment_treaty_arbitration_revisited_.pdf?la=en_gb&hash=75DA49FE7815CA3CFF2BF9E83153539E. consulté en date du 31/12/2021.

D'après ces données les demandeurs s'exposent à plus de frais que les défendeurs, puisqu'il revient aux demandeurs de prouver leurs allégations en plus de l'approche utilisée par ces derniers axée sur la réalisation d'un profit ou de la rentabilité (considérant ainsi que le contentieux est l'occasion de refaire une santé financière).

L'augmentation des coûts d'arbitrage d'investissement après 2013 est également due à l'augmentation des frais d'arbitrage et des frais de l'institution d'arbitrage. Par conséquent, à la fin de 2012, ces coûts s'élevaient en moyenne à environ 746 000,00 USD par dossier, et aujourd'hui, ce montant est de 1,1 million de dollars US, ce qui représente en fait une augmentation de 50 %. Les deux parties à la procédure d'arbitrage d'investissement doivent supporter en moyenne 590 000,00 USD pour chaque partie.⁵

En effet, selon le barème des frais du CIRDI qui date du 1er janvier 2019, les arbitres ont le droit de recevoir un montant de 3,000 USD⁶ par jour de réunions ou d'autres travaux effectués dans le cadre de la procédure, en plus des allocations de subsistance journalières et le remboursement des frais de voyage.

Le CIRDI perçoit une redevance fixe d'un montant de 25.000,00 USD⁷ et prélèvera en plus 42.000,00 USD comme frais administratifs lors de l'enregistrement d'une demande d'arbitrage, et il continuera à percevoir une taxe administrative de 42.000,00 USD par la suite annuellement⁸. En sus, un droit non-remboursable de 10.000 dollars doit être versé au CIRDI par toute partie : (a) demandant une décision supplémentaire, la correction, l'interprétation, ou la révision d'une sentence arbitrale rendue conformément à la Convention (b) demandant une décision supplémentaire, la rectification ou l'interprétation d'une sentence arbitrale rendue

⁵ Voir dans ce sens : Aceris Law LLC, "Coût de l'arbitrage des investissements: CNUDCI, Actes du CIRDI et financement par des tiers". Disponible sur : <https://www.international-arbitration-attorney.com/fr/cost-investment-arbitration-uncitral-icsid-proceedings-third-party-funding/>, consulté en date du 31/12/2021.

⁶ Ce qui correspond à 375 USD par heure.

<https://icsid.worldbank.org/fr/services/contenu/frais-procedure>.

⁷ Ce droit non remboursable doit être versé au Centre par la partie : (a) demandant l'introduction d'une instance de conciliation ou d'arbitrage en application de la Convention ou du Mécanisme supplémentaire, (b) demandant l'annulation d'une sentence arbitrale rendue conformément à la Convention, ou (c) demandant l'introduction d'une procédure de constatation des faits conformément au Règlement du Mécanisme supplémentaire (article 16 du règlement administratif et financier du CIRDI). <https://icsid.worldbank.org/fr/services/contenu/frais-procedure>.

⁸ Sont perçus par le Centre à l'enregistrement d'une requête d'arbitrage, de conciliation, ou d'une procédure après-sentence, et sur une base annuelle par la suite. En ce qui concerne les requêtes enregistrées avant le 1er Juillet 2016, ces frais sont perçus par le Centre à la date de la constitution du Tribunal arbitral, du Comité de constatation des faits, ou du Comité ad hoc concerné et sur une base annuelle par la suite. De même, ces frais sont applicables sur une base annuelle à toute procédure administrée par le Centre en vertu de règlements autres que la Convention du CIRDI ou le Règlement du Mécanisme supplémentaire.

conformément au Règlement du Mécanisme supplémentaire ; ou (c) demandant la nouvelle soumission du différend à un nouveau Tribunal après l'annulation d'une sentence arbitrale rendue conformément à la Convention.

En somme, un arbitrage CIRDI est très coûteux, pour les Etats et les investisseurs étrangers est cela préalablement même l'examen des frais juridiques.

Les frais des tribunaux arbitraux engagés sous les auspices de la CNUDCI ne sont pas explicitement prévus par le règlement d'arbitrage, il n'existe pas un calendrier des frais de la procédure. L'article 41 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI se borne à préciser que : « les honoraires et frais des arbitres sont d'un montant raisonnable, compte tenu du montant en litige, la complexité du sujet, le temps passé par les arbitres et les autres circonstances pertinentes de l'affaire. »

In concerto, les frais d'arbitre sont discutés avec le tribunal arbitral et souvent mis en référence aux frais prévus par d'autres institutions d'arbitrage, tels que le CIRDI. Ce qui implique qu'il n'y a pas une différence significative en ce qui concerne les frais administratifs de l'arbitrage et les honoraires des arbitres entre les arbitrages CIRDI et ceux de la CNUDCI.

Tableau N°1 : les frais moyens exposés par les parties à un arbitrage d'investissement avant 2013⁹

Avant 2013	Maximum des frais du tribunal arbitral	Moyenne des frais du tribunal arbitral
CIRDI	769.000,00 USD	544.000,00 USD
CNUDCI	853.000,00 USD	714.000,00 USD

Tableau N°2 : les frais moyens exposés par les parties à un arbitrage d'investissement après 2013

Après 2013	Maximum des frais du tribunal arbitral	Moyenne des frais du tribunal arbitral
CIRDI	1.042.000,00 USD	910.000,00 USD
CNUDCI	1.384.000,00 USD	905.000,00 USD

⁹ Matthew Hodgson and Alastair Campbell, op cit.

1.2 Les honoraires des avocats

Selon la Cour permanente d'arbitrage : «*les honoraires d'avocat et experts peuvent représenter 90% du coût, tandis que les frais de tribunal et institutionnels peuvent représenter le reste 10%.*»¹⁰

Un investisseur étranger ou l'Etat n'ont aucun contrôle sur les honoraires d'avocat et les frais de la représentation légale, cela varie considérablement selon la nature du litige et son importance mais aussi du cabinet d'avocats sélectionné pour défendre les intérêts des parties.

Toutefois, en moyenne, les demandeurs engagent 6.019.000,00 USD comme honoraires et frais d'avocats, experts et témoins, tandis que les défendeurs payent en moyenne 4.855.000,00 USD. Les honoraires d'avocat sont habituellement facturés sur une base horaire. En général, il faudra plus 5,000 heures de travail, avec un minimum pour 350 USD par heure, ce qui représente 1.750.000,00 USD.¹¹

Comme il convient de souligner qu'il existe un certain nombre d'exceptions à cette règle, puisque pour un arbitrage exceptionnel, tel que dans l'affaire Yukos¹², l'avocat du demandeur a effectué 52.076,90 heures de travail dans la phase de la compétence, pour un montant total de frais de 23.018.168,50 USD. Dans la phase de fond, l'avocat a effectué 70.525,90 heures de travail pour un montant de 39.931.981,50 USD de frais. Ce qui correspond à 513 USD par heure pour toute la procédure arbitrale.¹³ Ce montant est certes justifié par l'importance du litige est des sommes en jeu mais pour l'Etat d'accueil (défendeur) payer ce genre de montants peut entraver le développement économique du pays.

Egalement, on n'omet pas de traiter le point concernant les frais connexes, tel que : les frais d'impression, photocopies, appels téléphoniques, traductions et déplacement¹⁴. À titre

¹⁰ Selon un document présenté par la Cour Permanente d'Arbitrage sur le thème : « Duration and Cost of State-State Arbitration Proceedings », soumis au groupe de travail III de la CNUDCI le 24 October 2018.

¹¹ Matthew Hodgson and Alastair Campbell, op cit.

¹² *Hulley Enterprises Limited (Chypre) v. La fédération Russe, CNUDCI, Affaire PCA. AA 226.*

¹³ Aceris Law LLC, Comment réduire le coût global de l'arbitrage des traités d'investissement à moins de USD 1 Million. Article disponible sur : <https://www.international-arbitration-attorney.com/>, dernière consultation en date du 22/04/2022.

¹⁴ A ces frais on peut ajouter les coûts liés à l'audition des témoins, étant donné qu'il peut y avoir plusieurs audiences au cours d'un arbitrage d'investissement. Il faudra prévoir le coût de la location des salles, un sténographe judiciaire est également nécessaire, le remboursement des frais de déplacement et d'hébergement.

Un traducteur peut également être nécessaire pour l'audience, en fonction de la langue dans laquelle le témoignage sera donné.

d'exemple, dans l'affaire Yukos ce genre de dépenses s'élève à 5.3 millions USD¹⁵, certes ce montant est due à l'importance de l'affaire en question, néanmoins, ces frais sont à prendre en considération également, particulièrement pour les Etats, puisque le litige concerne nécessairement plusieurs départements administratifs du pays, et que le siège de l'arbitrage est souvent dans un Etat étranger sans oublier que la langue de la procédure est souvent l'anglais ce qui occasionne d'importantes charges en terme de traduction.

1.3 Les coûts d'experts

Dans le cadre d'un arbitrage d'investissement plusieurs types d'expertises peuvent être menés pour prouver ses allégations, dont un expert quantum et des expertises juridiques.

Les frais d'expertise varient eux aussi en fonction de l'importance du litige, des montants en jeux et de l'identité de l'expert et sa renommée. Effectivement, l'importance des montants financiers en jeux, impose le recours aux services d'un expert quantique, pour quantifier les dommages et déterminer la valeur d'un investissement au moment de l'expropriation par exemple. Ces coûts peuvent varier entre 150.000,00 USD et 500.000,00 USD par arbitrage. Dans l'affaire Yukos par exemple, l'expert a facturé 7.370.493,22 USD.¹⁶

Par ailleurs, des expertises juridiques peuvent également s'avérer nécessaires par rapport à une question ou des questions du droit interne, en relation avec l'objet du litige, qui doivent être clarifiés. Toujours dans l'affaire Yukos un expert juridique a été payé 70.000,00 USD. Ceci étant, généralement les frais d'expertise dépassent rarement 50.000,00 USD.¹⁷

Tenant compte de l'ensemble de ces charges les parties sont exposées à un montant exorbitant des frais, tel qu'il est exposé dans les deux tableaux suivants¹⁸:

¹⁵ Aceris Law LLC, Comment réduire le coût global de l'arbitrage des traités d'investissement à moins de USD 1 Million. Op cit.

¹⁶ *Hulley Enterprises Limited (Chypre) v. La fédération Russe, CNUDCI, Affaire PCA. AA 226. P : 569.* Sentence finale disponible sur : <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2017/06/HULLEY-ENTERPRISES-LIMITED-CYPRUS-V.-THE-RUSSIAN-FEDERATION-PCA-CASE-NO.-AA226-FINAL-AWARD.pdf> , dernière consultation en date du 22/04/2022.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Matthew Hodgson and Alastair Campbell, op cit.

Tableau N°1 : les frais moyens exposés par les parties à un arbitrage d'investissement avant 2013

Avant 2013	Frais engagés par le demandeur	Frais engagés par le défendeur
Maximum	4.437.000,00 USD	4.559.000,00 USD
Moyenne	3.145.000,00 USD	2.286.000,00 USD

Tableau N° 2 : les frais moyens exposés par les parties à un arbitrage d'investissement après 2013

Après 2013	Frais engagés par le demandeur	Frais engagés par le défendeur
Maximum	7.414.000,00 USD	5.188.000,00 USD
Moyenne	4.200.000,00 USD	3.385.000,00 USD

2. La gestion et la prévention des risques liés aux contentieux d'investissements

Compte tenu des charges farineuses que coûte une procédure d'arbitrage d'investissement et compte tenu également de la prolifération de ce type de contentieux, les Etats hôtes sont dans l'obligation de prendre des mesures novatrices en termes de gestion de ces contentieux mais également dans une perspective de prévention et agir en amont avant le déclenchement du contentieux étant donné que ce dernier peut s'éclater suite à un simple défaut de communication entre l'investisseur et l'Etat d'accueil.

Rappelons tout simplement, que l'Etat d'accueil est toujours la partie défenderesse dans une procédure d'arbitrage, et bien même que l'investisseur étranger soit débouté par le tribunal arbitral et l'Etat a gain de cause, le tribunal dans la majorité des cas n'ordonne pas le remboursement des frais engagés par le défendeurs et se contente de décider du partage des frais administratifs et que chaque partie assume ses propres frais (honoraires des avocats, experts et autre). Supposons même que le tribunal arbitral ordonne à la partie requérante de rembourser les sommes engagées par le défendeur au cours de la procédure arbitral, il ne demeure pas moins qu'il est très difficile, en pratique, de pouvoir recouvrer ces somme, puisque, dans la majorité des cas, l'investisseur se trouve dans une situation financière compromise, ou il a fait appel à un tiers pour financer la procédure arbitrale.

Pour tous ces motifs et bien d'autres non exposés ici, et ce pour des raisons méthodologique, l'Etat et l'investisseur doivent chercher un autre moyen pour résoudre leur différends. En ce

qui concerne les Etats d'accueil, ils doivent adopter d'autres méthodes de règlement des litiges d'investissement autre que l'arbitrage (2) ainsi qu'une politique de prévention des différends (1).

2.1 Les politiques de prévention et de gestion des contentieux d'investissement adoptées par le Maroc

Il faut distinguer entre les réformes législatives (b) et la refonte des accords internationaux relatifs à l'investissement conclus par le Maroc (a).

2.1.1 La refonte des accords internationaux sur l'investissement comme outil de prévention des différends

Dernièrement le Maroc s'est doté d'un nouveau modèle d'accord sur l'investissement, et outre le cadrage des engagements internationaux de l'Etat et ceux de l'investisseur, l'une des principales innovations de ce modèle est l'insertion d'articles dédiés à la prévention et la gestion des différends d'investissement.

Sur la base de ce modèle, on peut citer, à titre d'exemple, la 3^{ème} partie de l'accord de coopération et facilitation en matière d'investissement entre le Royaume du Maroc et la République Fédérale du Brésil, signé le 13 juin 2019 qui est intitulée « gouvernance institutionnelle et prévention des différends », laquelle partie regroupe 7 articles dont l'objectif principal est la prévention et le traitement des différends.

Ainsi, l'article 14 dudit accord instaure un Comité Conjoint d'administration. Ce comité est composé des représentants des gouvernements des deux parties. Il est chargé entre autres, de surveiller la mise en œuvre et l'exécution des stipulations de l'accord et d'examiner toute question pouvant affecter son bon fonctionnement, y compris les questions liées à la responsabilité sociale des entreprises (RSE), à la préservation de l'environnement, de la santé et de la sécurité publiques, au respect des droits de l'homme, y compris les droits des travailleurs et à la lutte contre la corruption.

Ce Comité est chargé aussi de résoudre à l'amiable les problèmes et différends concernant l'investissement des deux parties de l'accord, le Comité donne des interprétations au sujet du contenu de l'accord. Les interprétations du comité sont obligatoires pour le tribunal institué en vertu de l'article relatif au règlement des différends (article 20) ;

Ce comité peut également être amené à compléter les règles de résolution des différends arbitrales entre les parties si ceux-ci le considèrent nécessaire.

En plus, de l'instauration du Comité conjoint comme un outil de prévention et de résolution à l'amiable des différends d'investissement, l'accord entre le Maroc et le Brésil, instaure également l'une des principales mesures dédiées à la prévention des différends à savoir l'institution de « l'ombudsman » ou le Point Focal National. Ce point focal assure le secrétariat du Comité conjoint, et doit interagir avec le point focal national de l'autre partie et les autorités gouvernementales compétentes pour évaluer et recommander, le cas échéant, des solutions aux suggestions et plaintes soumises par le gouvernement et les investisseurs de l'autre partie, en fournissant des informations à ces derniers sur les engagements résultant de ces suggestions et plaintes. Il faut savoir que les missions du Point Focal National sont assurées du côté marocain par l'Agence Marocaine de Développement des Investissements et des Exportations.¹⁹

L'ombudsman a la responsabilité d'atténuer les différends et faciliter leur résolution en coordination avec les autorités gouvernementales compétentes et en partenariat avec des organismes privés pertinents et fournir des informations opportunes et utiles sur les questions de réglementation sur l'investissement en général ou sur des projets spécifiques.

L'accord Maroc/Brésil table également sur l'échange des informations entre les parties comme outil de transparence nécessaire à la prévention des différends et la gestion des risques. L'article 16 de l'accord précise que les parties échangeront les informations, lorsque cela est possible et pertinent pour les investissements réciproques, concernant les opportunités d'affaires, les procédures et les conditions d'investissement, notamment à travers le Comité conjoint et ses Points focaux nationaux.

Sur demande de l'une des Parties, il y aura un échange d'information sur les mesures qui seront susceptibles d'avoir un impact sur les investissements sur son territoire. Ces informations peuvent concerner :

- Les conditions réglementaires pour l'investissement ;
- Les incitations spécifiques et programmes gouvernementaux connexes ;
- Les politiques publiques et cadres juridiques qui peuvent influencer sur l'investissement ;

¹⁹ L'article 15 de l'accord de coopération et facilitation en matière d'investissement entre le Royaume du Maroc et la République Fédérale du Brésil, signé le 13 juin 2019.

- Le cadre juridique de l'investissement, y compris la législation et la création d'entreprises et des joint-ventures ;
- Les traités internationaux connexes ;
- Les procédures douanières et régimes fiscaux ;
- Les informations statistiques concernant le marché des biens et services ;
- Les infrastructures disponibles et services publics ;
- Les marchés gouvernementaux et concessions publiques ;
- La législation du travail et sociale ;
- La législation en matière d'immigration ;
- La législation de change ;
- Les informations sur les secteurs économiques spécifiques ou sur des domaines préalablement identifiés par les parties ;
- Les projets et accords régionaux sur les investissements ; et
- Les partenariats public-privé (PPP).

Bien évidemment, chaque partie est tenue de respecter le principe du non divulgation des informations qualifiées de protéger conformément à la demande de l'autre partie (article 17).

L'accord instaure dans l'article 19 une procédure de prévention des différends. Ainsi, si l'une des parties considère qu'une mesure spécifique adoptée par l'autre partie contractante constitue une violation de l'accord sur l'investissement, cette dernière peut engager une procédure de prévention des différends au sein du Comité Conjoint.

La partie intéressée soumet au Point Focal de l'autre partie une demande écrite, en identifiant la mesure spécifique en question et en faisant le point sur les conclusions de fait et de droit qui sous-tendent la soumission. Le Comité Conjoint se réunira dans les soixante (60) jours suivant la date de la demande. Le Comité dispose d'un délai de soixante (60) jours à compter de la date de la première réunion, prorogeable d'un commun accord, pour évaluer la demande présentée et préparer un rapport. Ce rapport doit identifier la partie soumissionnaire, décrire la mesure en question et violation alléguée et les conclusions du Comité Conjoint.

Si la mesure objet de la contestation affecte un investisseur spécifique, le soumissionnaire de la demande au Comité doit identifier l'investisseur concerné et ses représentants en cas de besoin. D'autres parties prenantes intéressées peuvent être invitées à participer aux réunions dudit

Comité. Les échanges et les documents en relation avec la procédure de prévention des différends sont confidentiels, à l'exception du rapport final du Comité.

Il importe de préciser que si le différend n'est pas résolu dans un délai de 60 jours après la présentation du rapport par le Comité Conjoint ou s'il n'y a pas de participation d'une Partie aux réunions du Comité, le différend peut être soumis à l'arbitrage (Etat-Etat) conformément à l'article 20. L'accord entre le Maroc et le Brésil a purement et simplement supprimé l'éventualité des demandes d'arbitrage directement initiées par l'investisseur contre l'Etat d'accueil, ainsi uniquement un arbitrage Etat-Etat est possible²⁰.

En addition à l'accord Maroc/brésil, il y a lieu d'évoquer un autre accord dont les dispositions sont assez innovantes en matière de règlement des différends. Il s'agit du TBI Maroc/Nigéria qui a d'ailleurs eu le mérite d'apporter des composants d'un TBI moderniste, élaboré pour établir un équilibre entre les droits et les devoirs de l'investisseur et l'Etat d'accueil.

Une approche innovante est ainsi prévue dans ce traité. Ainsi, il ressort des articles 26 alinéas 1 et 2, qu'avant de recourir à un arbitrage, tout différend entre les Parties sera évalué dans le cadre des consultations et des négociations par le Comité mixte et ce sur demande écrite de l'État de l'investisseur concerné. Ceci étant, cette disposition est restée plus ou moins dénuée de détails quant au sens des consultations et des négociations susmentionnées.

L'article 26 poursuit dans son deuxième alinéa que les représentants de l'investisseur et de l'État hôte (ou d'autres autorités compétentes) participent, dans la mesure du possible, à la «réunion bilatérale ». La procédure prend fin à la demande de « toute Partie » et à la suite de l'adoption par le Comité mixte d'un rapport récapitulatif de la position des « Parties ». Et enfin le même article dispose dans son 5^{ème} alinéa que dans le cas où le litige n'est pas réglé dans un délai de six mois, l'investisseur peut recourir à un arbitrage international après avoir épuisé les recours internes.²¹

²⁰ Il faut préciser qu'il s'agit d'une spécificité propre à l'accord Maroc/ Brésil, l'arbitrage investisseur-Etat demeure l'une des principales garanties offertes aux investisseurs étrangers, cette garantie est prévue par les nouveaux accords sur l'investisseur conclu par le Maroc, notamment celui avec le Nigéria (article 27) accord conclu le 3 décembre 2016 ; l'article 9 de l'accord entre le Maroc et la République du Congo sur la promotion et la protection réciproques des investissements (signé le 30 avril 2018).

²¹Tarcisio Gazzini, Le TBI 2016 Maroc-Nigéria : Une importante contribution à la réforme des traités d'investissement. In : investment treaty news, IISD, Numéro 3, volume 8, septembre 2017, p:4.

En somme, le nouveau modèle de négociation des accords sur l'investissement adopté par le Royaume du Maroc s'inspire largement des bonnes pratiques prônées par les institutions internationales dont la CNUCED et l'OCDE, les nouveaux accords conclus sur la base de ce modèle instaurent des régimes de prévention et de gestion des différends d'investissement ce qui a été salué par la communauté internationale des affaires et la doctrine.

2.1.2 Les réformes législatives

Le Maroc s'est inscrit ces dernières années dans une démarche de réforme du cadre légal régissant les acteurs et les activités liées à la promotion des investissements dans une perspective de donner un nouveau dynamisme à ce secteur clé pour le développement économique du pays.

Parmi ces réformes, on cite la création de l'Agence marocaine de développement des investissements et des exportations par la loi n°60-16²². Cette Agence remplace trois établissements publics, à savoir l'Agence marocaine de développement des investissements, le Centre marocain de promotion des exportations et l'Office marocain de promotion des exportations de Casablanca.

Selon l'article 3 de la loi 60-16 : *« l'Agence est chargée de mettre en œuvre la stratégie de l'Etat en matière de développement, d'incitation et de promotion des investissements nationaux et étrangers... A cet effet, l'Agence est chargée de :*

3 *Piloter, dans le cadre des stratégies de développement, de promotion, d'encouragement et d'incitation à l'investissement, la prospection des investissements potentiels à travers les actions suivantes :*

- *réaliser des études sur les opportunités d'investissement ;*
- *accompagner les investisseurs marocains dans leurs projets d'investissement au niveau international ;*
- *accueillir, informer, orienter et accompagner les investisseurs dans le conduite de leurs projets d'investissement au Maroc en coordination avec les autorités, les collectivités territoriales et les organismes concernés ;*

²² Dahir n°1-17-49 du 30 août 2017, BO du 16 novembre 2017, p1281.

- *mettre une banque de données concernant les projets d'investissement existants ou éventuels à la disposition des investisseurs accompagnés des informations et documents y afférents ;*
- *proposer au gouvernement et mettre en œuvre une stratégie de communication et de sensibilisation, reflétant une image réelle sur les opportunités d'investissement au Maroc et promouvoir son attractivité ;... »*

L'Agence est également chargée d'assurer le secrétariat de la Commission des investissements présidée par le Chef du gouvernement, elle apporte aide et assistance pour la conclusion des contrats et conventions d'investissement et assure leur suivi²³.

Cependant, toutes les tâches et missions exposées ci-dessus ne constituent pas une réelle politique et un organisme spécifiquement dédié ou chargé de prévenir ou de gérer les différends investissements.

Par contre, la réforme du cadre légal des centres régionaux d'investissement peut être considérée comme un grand pas dans l'instauration d'une politique publique dédiée à la prévention et la gestion des différends d'investissement. Ainsi, selon l'article 4 de la loi n°47-18²⁴, les centres régionaux d'investissement sont chargés de : « *contribuer à la mise en œuvre de la politique de l'Etat en matière de développement, d'incitation, de promotion et d'attraction des investissements à l'échelon régional et d'accompagnement global des entreprises, notamment les petites et moyennes entreprises et les très petites entreprises* ».

A cet effet, les Centres exercent la mission de guichet unique en permettant l'accompagnement des investisseurs et l'assistance dans l'accomplissement des procédures et démarches administratives requises pour la création de leurs entreprises et l'obtention des autorisations et actes administratifs exigés par la législation et la réglementation en vigueur en coordination avec les administrations et organismes publics concernés. Les Centres sont également chargés de préparer les actes administratifs nécessaires à la réalisation des projets d'investissement et dont la délivrance ou la signature fait l'objet d'une délégation donnée aux walis de régions ou relève de leurs prérogatives.

²³ L'article 5 de la loi n° 60-16.

²⁴ Dahir n° 1-19-18 du 7 jourmada II 1440 portant promulgation de la loi n° 47-18 portant réforme des centres régionaux d'investissement et création des commissions régionales unifiées d'investissement. (B.O. n° 6754 du 21 février 2019).

Parmi les éléments importants de cette réforme on retrouve notamment la dématérialisation des procédures et formalités relatives à l'instruction des dossiers de projets d'investissement. Les centres sont également chargés de développer et d'administrer des plateformes électroniques dédiées à l'investissement au niveau régional, en vue, notamment, de permettre aux investisseurs d'accéder aux données relatives à l'environnement régional de l'investissement, aux opportunités d'investissement et potentialités de la région, aux procédures à accomplir pour la réalisation de leurs projets et de suivre l'état d'avancement de leurs dossiers d'investissement.

Les Centres régionaux d'investissement sont également chargés de suivre les projets d'investissement, qu'il s'agisse de projets en cours de réalisation ou déjà réalisés et de mettre à la disposition des investisseurs et des entreprises, par tout moyen disponible, les informations à caractère public. Les Centres sont tenus aussi d'organiser des rencontres, des journées d'information et des ateliers au profit des investisseurs et de participer à l'animation des espaces dédiés à la vulgarisation des dispositifs incitatifs au développement de l'investissement²⁵.

La loi 47-18 confère aux centres régionaux d'investissement la mission de concilier entre les administrations et l'investisseur en vue d'aboutir à un règlement à l'amiable des différends qui opposent les investisseurs aux administrations et organismes publics. En cas de non règlement du différend, le Centre soumet ses propositions au wali de la région en vue de mener, autant que possible, à une solution consensuelle.

Par ailleurs, les Centres sont également chargés de préparer, à l'attention du wali de la région, des rapports périodiques sur les cas d'abus manifestes dûment constatés et avérés ou sur les difficultés récurrentes rencontrées dans le processus de traitement des dossiers d'investissement ou les retards constatés. Sur la base de ces rapports le wali de la région prend les dispositions nécessaires et saisit les autorités compétentes.

En sus des réformes législatives et la refonte des accords sur l'investissement il est primordial d'instaurer une politique de règlement à l'amiable des litiges d'investissement.

2.1.2.1 Les modes de règlement à l'amiable des litiges d'investissement

L'arbitrage est le mode le plus utilisé en matière de règlement des différends d'investissement. Le recours à l'arbitrage est prévu par pratiquement tous les accords internationaux sur

²⁵ L'article 4 de la loi 47-18 précise les missions des centres régionaux d'investissement en relation avec l'impulsion économique de la région et l'offre territoriale d'investissement.

l'investissement. Ce mécanisme est privilégié par les investisseurs étant donné qu'il garantit des décisions neutres, l'arbitrage est aussi souvent perçu comme un mécanisme souple et rapide et le plus intéressant c'est qu'il garantit une décision exécutoire.

Néanmoins, la pratique démontre que l'arbitrage souffre de nombreuses lacunes qui peuvent présenter des risques majeurs pour les pays en développement, dont le fait qu'un arbitrage se solde nécessairement par la rupture des liens entre l'investisseur et l'Etat d'accueil, ce qui va à l'encontre même du principe de l'investissement puisqu'il est en principe basé sur une relation de long terme. Sans oublier le coût exorbitant de la procédure arbitrale et les montants en jeu.

Raison pour laquelle, certains accords sur l'investissement insèrent des clauses qui concernent le règlement à l'amiable des litiges d'investissement à travers la négociation directe entre les parties ou bien en ayant recours à l'intervention d'un tiers, comme c'est le cas de la médiation et de la conciliation ou encore en instituant une commission dédiée au suivi de la réalisation des projets et le règlement des différends en amont de l'engagement d'une procédure contentieuse (Dispute Board).

Ces méthodes extrajudiciaires ou non contentieuses de règlement des litiges présentent de nombreux avantages par rapport à l'arbitrage, notamment en termes de souplesse, puisqu'ils permettent de poursuivre les relations économiques, ce qui est bénéfique pour les deux parties. Le modèle de ces mécanismes est basé essentiellement sur le fait de trouver un terrain d'entente entre l'investisseur et l'Etat.

Autre avantage, non négligeable, c'est le coût, ce genre de mécanisme coûte largement moins qu'une procédure arbitrale, sans omettre que le recours aux modes de règlement à l'amiable des litiges ne remet pas en cause la possibilité, en cas d'échec, d'engager le débat à nouveau devant les juridictions étatiques ou devant un tribunal arbitral.

Toutefois, le recours à ces méthodes, rencontre certaines réticences, notamment à cause du fait qu'elles ne sont pas contraignantes. Ce qui peut remettre en cause leur crédibilité surtout pour ceux qui méconnaissent les techniques utilisées, et conduire à des conclusions du genre qu'il s'agit d'une perte de temps et par conséquent d'argent.

En sus, l'Etat peut faire face à un autre type de problématiques, du moment que la recherche du compromis n'est pas toujours possible à cause des normes juridiques en vigueur. Aussi, les

représentants de l'Etat au cours des négociations ne disposent pas nécessairement de la compétence pour pouvoir décider sur des concessions.

Il convient de noter qu'actuellement, la majorité des accords sur l'investissement fixent un délai de trois à six mois pour la résolution à l'amiable des litiges qui peuvent naître à l'occasion d'une opération d'investissement, également des procédures de conciliation peuvent être prévues²⁶. Mais en pratique le recours à ces méthodes demeure une simple formalité antérieure à la procédure arbitrale.

Parmi les principaux modes de règlement des différends à l'amiable figure la médiation et la conciliation, basé sur l'intervention d'un tiers neutre entre les deux protagonistes, ces mécanismes permettent de surmonter les problèmes que peuvent rencontrer les parties lors des négociations directes.

La médiation et la conciliation comme outils de résolution des litiges à l'amiable : la médiation et la conciliation désignent le processus de résolution des conflits selon lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord amiable avec l'aide d'un tiers. La différence entre les deux mécanismes réside dans le pouvoir conféré à chacun. Ainsi, le médiateur se contente de chercher un terrain d'entente entre les deux parties, en usant de son savoir de facilitateur de communication, il permet de surpasser les manifestations du différend et d'atteindre les racines de celui-ci. Le conciliateur quant à lui, dispose d'un pouvoir plus large puisque en plus d'être facilitateur de compromis il lui est possible de proposer même les bases d'un accord transactionnel entre les deux parties aux litiges.

Ces mécanismes rencontrent un grand succès dans les litiges à caractère commercial et civil, cependant ils sont rarement utilisés dans les litiges d'investissement, pour les motifs expliqués ci-dessus.

L'avis d'un expert : le recours à l'avis d'un expert neutre dans le cadre d'un arbitrage d'investissement peut être une solution médiane particulièrement dans les projets à connotation technique comme c'est le cas dans les transferts de technologie ou autre. Et ce spécifiquement en raison du fait que les premiers problèmes qui surviennent dans le cadre des contrats

²⁶ Parmi les exemples des mécanismes de règlement à l'amiable on trouve le règlement de conciliation du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), les règles de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et celles de la Chambre de commerce internationale (CCI).

internationaux industriels ou de haute technologie sont de nature technique. Dans ce sens, le résultat d'une bataille juridique devant les arbitres qui n'ont pas de connaissances spécialisées peut être aléatoire.

L'avis d'un expert sur la question litigieuse peut être la source de la solution et poussera certainement les deux parties à trouver un terrain d'entente et favorise des concessions éventuelle.

Le « Dispute boards » comme outil de prévention et de gestion des litiges d'investissement : un « dispute board » est un organe permanent généralement mis en place à la signature ou au commencement de l'exécution d'un contrat à moyen ou long terme afin d'aider les parties à éviter ou à surmonter tout désaccord ou différend pouvant survenir dans le cours de leur relation contractuelle²⁷.

Ce mécanisme, fréquemment utilisé dans le cadre des projets de construction, peut être utilisé également dans d'autres domaines tels que les contrats en matière de recherche et de développement ou de propriété intellectuelle, les accords de partage de la production et les conventions d'actionnaires.

Les « dispute board » présentent l'avantage d'être à la fois un outil de prévention des contentieux et aussi un mécanisme de gestion et de résolution des litiges le cas échéant, cela permet d'étouffer dans l'œuf un projet de litige éventuel²⁸.

2.2 Les mesures de prévention des différends d'investissement

Il n'est pas question ici de reprendre toutes les politiques publiques instaurées par les gouvernements des Etats d'accueil afin de prévenir et/ou de gérer les contentieux d'investissement, mais il s'agit de mettre l'accent sur les « *good practices* » dans l'objectif d'être une source d'inspiration et un phare aux Etats n'ayant pas encore entrepris cette démarche.

²⁷ Définition donnée par le règlement de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) sur les "Disputes Boards" disponible sur le lien suivant : <https://iccwbo.org/publication/2015-dispute-board-rules-french-version/> (15 novembre 2021).

²⁸ Leur implication dans des projets de construction majeurs, comme la construction de l'Eurotunnel dans les années 80-90, ou encore des sites dédiés aux Jeux Olympiques de Londres en 2012 et de Rio en 2016, prouve bien leur efficacité voir dans ce sens : <https://www.lemoniteur.fr/article/point-de-vue-les-dispute-boards-un-outil-efficace-pour-les-projets-internationaux-de-construction.1174464>, (15 novembre 2021).

Les mesures de prévention et de gestion des contentieux d'investissement sont des politiques publiques nationales unilatéralement conçues par un gouvernement, ces mesures comprennent des outils de détection précoce, la formation des fonctionnaires et la création d'institutions dédiées à prévenir, gérer et suivre les litiges d'investissement.

La mise en place de ces mesures diffère d'un Etat à un autre, le nombre des procédures arbitrales engagées contre l'Etat, l'expérience en termes de contentieux d'investissement et le contenu du droit interne sont tous des facteurs qui peuvent influencer la nature et le contenu de ces mesures. Ainsi, il n'est pas anodin de trouver que les Etats ayant le plus de contentieux d'investissement sont ceux qui développent des politiques de prévention et de gestion de ce type de litiges.

L'exemple type est les pays de l'Amérique Latine. La Colombie par exemple a institué un cadre législatif et réglementaire complet pour prévenir les différends d'investissement, le Chili a opté pour un système de prévention informel dans lequel les agences sectorielles gèrent directement les différends avec les investisseurs²⁹.

L'expérience égyptienne : depuis les modifications successives de la loi sur l'investissement en 1997 (2015 et 2017), l'Égypte a mis en place un large éventail de réglementations en matière de règlement des différends entre investisseurs et Etats. En réponse à l'exposition croissante du pays aux actions des investisseurs étrangers, la loi ajoute un nouveau titre prévoyant le règlement amiable des différends entre investisseurs privés et institutions publiques et prévoit également un examen administratif mené par trois comités : il s'agit notamment du comité chargé des réclamations ; du comité ministériel pour le règlement des différends relatifs aux investissements et du comité ministériel pour la résolution des différends relatifs aux contrats d'investissement³⁰.

De même, comme le reconnaissent les milieux d'affaires, l'autorité générale de l'investissement et des zones franches joue un rôle prépondérant dans la prévention des litiges en amont. Il convient également de noter que la « Egyptian State Lawsuits Authority » (ESLA) a créé un

²⁹ OCDE: "Stocktaking of Investment Dispute Management and Prevention in the Southern Mediterranean Region", Cairo 26-27 June 2018. background document for the regional workshop on "Investment dispute management and prevention" to be held in Cairo, Egypt on 26-27 June 2018, organized in the framework of the EU-OECD Program on Promoting Investment in the Mediterranean.

³⁰ Voir dans ce sens : la section de la loi égyptienne sur l'investissement en date de 2017.

service de gestion des litiges en matière d'investissement entre les ressortissants étrangers et le gouvernement égyptien.

Cependant, « malgré la création de nouveaux organes ou mécanismes de règlement des différends, le cadre institutionnel de résolution des différends investisseur-État est encore trop compliqué et pourrait ne pas être en mesure de remplir ses fonctions de la manière la plus efficace ».³¹

L'expérience Coréenne : la Corée du sud a axé sa politique de prévention et de gestion des contentieux d'investissement sur la création du « Bureau de l'Ombudsman des investissements étrangers ». Ce bureau est créé au sein de l'Agence coréenne de promotion du commerce et de l'investissement pour aider à améliorer l'environnement d'investissement et promouvoir le succès des entreprises à capitaux étrangers en Corée en fournissant une assistance pour résoudre les difficultés auxquelles les entreprises sont confrontées au quotidien³².

Depuis sa création en 1999 jusqu'à 2015, ce bureau a résolu 4 976 cas de griefs (moyenne annuelle de 311 cas) et un total de 360 cas ont été traités grâce à la contribution de l'OFIO aux améliorations du système³³.

Le bureau de l'Ombudsman regroupe des spécialistes dans un certain nombre de domaines différents, notamment le travail, le droit, la fiscalité, finances, etc. qui enquêtent et résolvent les griefs de l'investisseur étranger. Ils ont en outre un canal de communication ouvert via leur site Web dans lequel les investisseurs étrangers peuvent faire des commentaires ou des suggestions concernant toute loi ou procédure spécifique qu'ils jugent inadéquate³⁴.

³¹ OCDE, *OECD Investment Policy Reviews: Egypt 2020*, OECD Investment Policy Reviews, Éditions OCDE, Paris, disponible sur : <https://doi.org/10.1787/9f9c589a-en>.

³² OCDE: "Stocktaking of Investment Dispute Management and Prevention in the Southern Mediterranean Region", op cit.

³³ Source: OFIO/KOTRA

http://english.kotra.or.kr/foreign/biz/KHENKO140M.html?TOP_MENU_CD=INVEST

³⁴ <http://ombudsman.kotra.or.kr>

Conclusion

Les implications du contentieux d'investissement en termes des charges qu'il occasionne au Trésor public des Etats d'accueil a amené ces Etats à revoir leurs politiques publiques de promotion d'investissement étrangers en modifiant le corpus législatif interne relatif à l'investissement, en rééquilibrant le contenu des accords internationaux des investissements et surtout en mettant en place des dispositifs dédiés à la prévention et la gestion des contentieux d'investissement.

Ces trois démarches auront certainement un impact positif sur les évolutions futures de la relation investisseur-Etat d'accueil. Néanmoins, les dispositifs ou les mécanismes de prévention et de gestion des contentieux d'investissement, pour être efficaces, doivent impérativement prendre en considération les éléments suivants :

- Instaurer un mécanisme pour la détection précoce des problèmes entre l'investisseur et les administrations et organismes publics avant leur évolution en différends, ce qui permettra d'empêcher que de simples différends deviennent des contentieux ;
- Mettre en place une plateforme de partage des informations entre organismes publics sur les questions d'investissement étranger de manière organisée, ce qui permettra aux pouvoirs publics d'être alertés à un stade précoce des éventuels problèmes rencontrés par les investisseurs et puissent réagir avec célérité ;
- Mettre en place deux organismes, dont le premier sera chargé de prendre les mesures nécessaires en termes de prévention des différends d'investissement. Notamment, les démarches de règlement à l'amiable et le partage de l'information avec les investisseurs étrangers et diluer toutes les problématiques auxquelles ces investisseurs peuvent faire face vis-à-vis des administrations et organismes publics. Le second organe sera chargé quant à lui de la gestion des contentieux d'investissement, toute procédure contentieuse (arbitrale ou devant les juridictions étatiques) impliquant une personne morale de droit public et un investisseur étranger sera gérée par cet organisme, bien évidemment il faudra doter ses deux organismes des moyens nécessaires (humains et matériels) leur permettant d'accomplir les missions qui leurs seront assignées ;
-
- Et évidemment, l'Etat se doit d'assumer et d'honorer ses engagements pour ne pas proliférer davantage ce type de contentieux. Il se doit également de se soumettre aux principes énoncés au niveau des conventions internationales régissant les investissements et auxquelles il a adhéré, puisque la plupart des contentieux existant résultent des violations de certains principes tel que celui du traitement équitable ou encore celui du traitement national.

Annexe 1

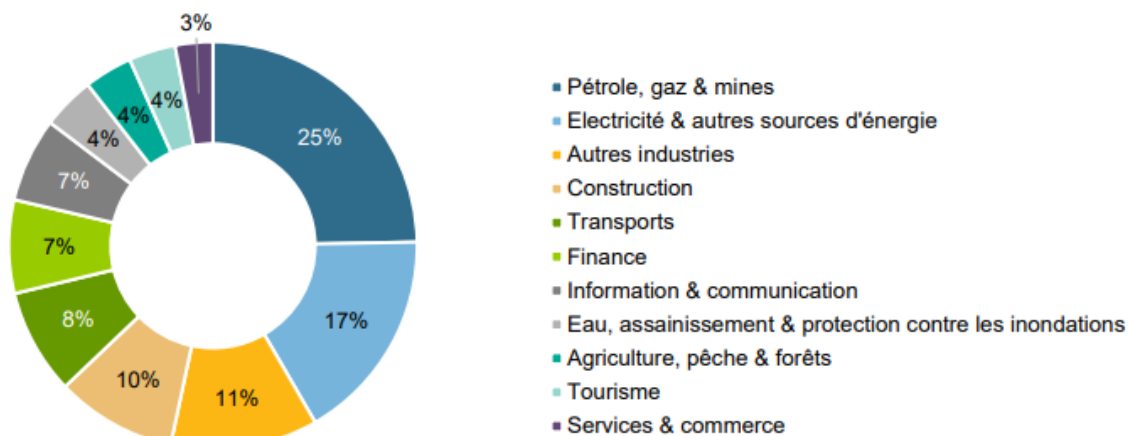
Tableau représentant un échantillon de certaines affaires d'arbitrage et les frais engagés par les parties (Basé sur l'étude réalisée par le Cabinet d'avocat Allen and Overy).

Date du début de la procédure	Date de la sentence arbitrale	Parties au litige	Montant totale des demandes	Les frais engagés par le demandeur	Les frais engagés par le défendeur	Les frais du tribunal arbitral	L'institution d'arbitrage
26 août 2008	05/01/2012	Caratube international oil company LLP contre la République de Kazakhstan	1.145.000.000,00 USD	5.948.908,25 USD	14.725.206,71 USD	1.925.000,00 USD	CIRDI n°ARB/08/12
17 octobre 2002	2 août 2010	Chemtura corporation (formerly cromption corporation) contre le gouvernement canadien	78.593.520,00 USD	1.294.640,00 USD	5.778.467,00 USD	688.219,00USD	CNUDCI Adhoc
8 août 2002	27/10/2006	Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc contre l'Egypte	365.171.121,00 USD	1.375.279,00USD	773.366,00USD	450.000,00USD	CIRDI n°ARB/02/9
2 août 2005	6/02/2008	Desert Line Projects LLC contre le Yemen	250.395.948,00 USD en plus de 7% d'intérêts	1.002.569,00USD	471.534,82 USD	425.000,00 USD	CIRDI n°ARB/05/17
17 février 2009	31 octobre 2012	Deutsche Bank AG contre Sri Lanka	60.368.993,00 USD	7.995.127,36 USD	2.822.435,11 USD	960.928,72	CIRDI n°ARB/09/02
16 juin 2003	11 juin 2012	EDF International SA, SAUR International SA and Leon Participaciones Argentinas SA contre l'Argentine	153.600.000,00 USD	14.970.842,00 USD	2.824.918,00 USD	1.631.297,95 USD	CIRDI n°ARB/03/23
23 décembre 2003	6 novembre 2008	Jan de Nul NV and Dredging International NV contre l'Egypte	81.390.370,00USD	3.337.502,00 USD	1.547.385,00 USD		CIRDI n°ARB/04/13
23 février 2006	2 septembre 2011	Libananco Holdings Co. Limited	10.100.000.000,00 USD	24.381.556,00 USD	35.702.417,76 USD	1.205.000,00 USD	CIRDI n°ARB/06/8

Annexe 2

Répartition de l'ensemble des affaires CIRDI selon le secteur économique

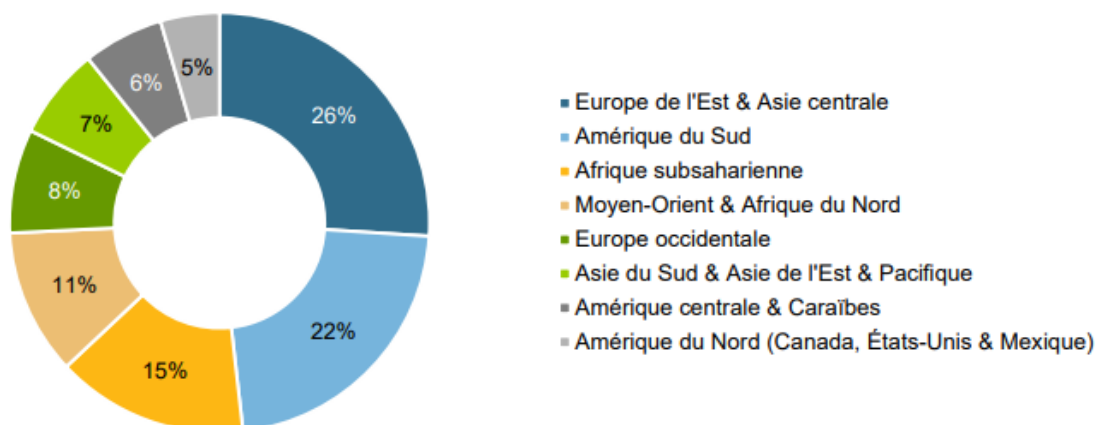
Graphique 8: Répartition de l'ensemble des affaires enregistrées sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire selon le secteur économique



Annexe 3

Répartition géographique de l'ensemble des affaires CIRDI selon l'État partie au différend

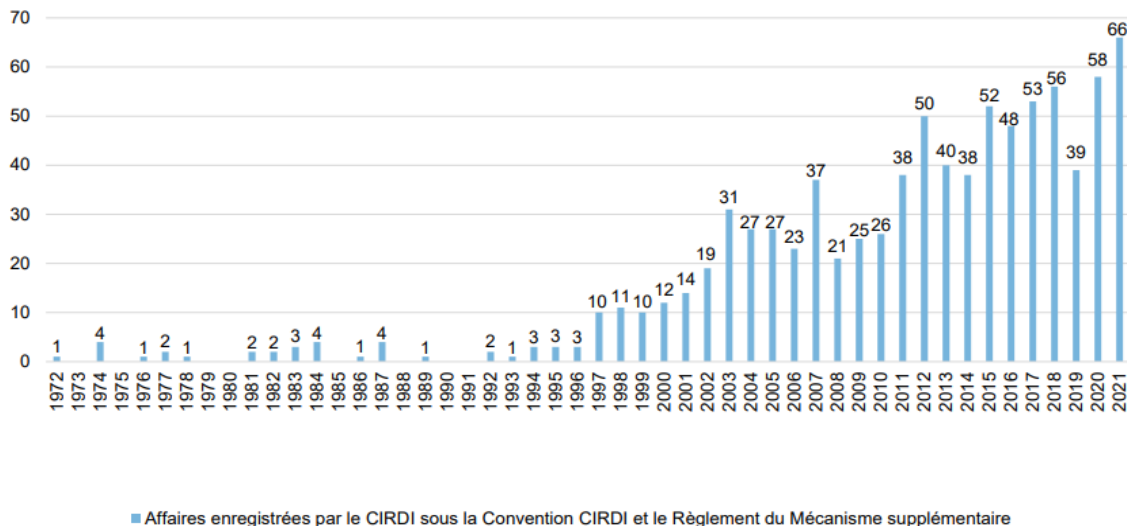
Graphique 7: Répartition géographique de l'ensemble des affaires enregistrées sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire selon l'État partie au différend



Annexe 4

Affaires enregistrées par le CIRDI sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire

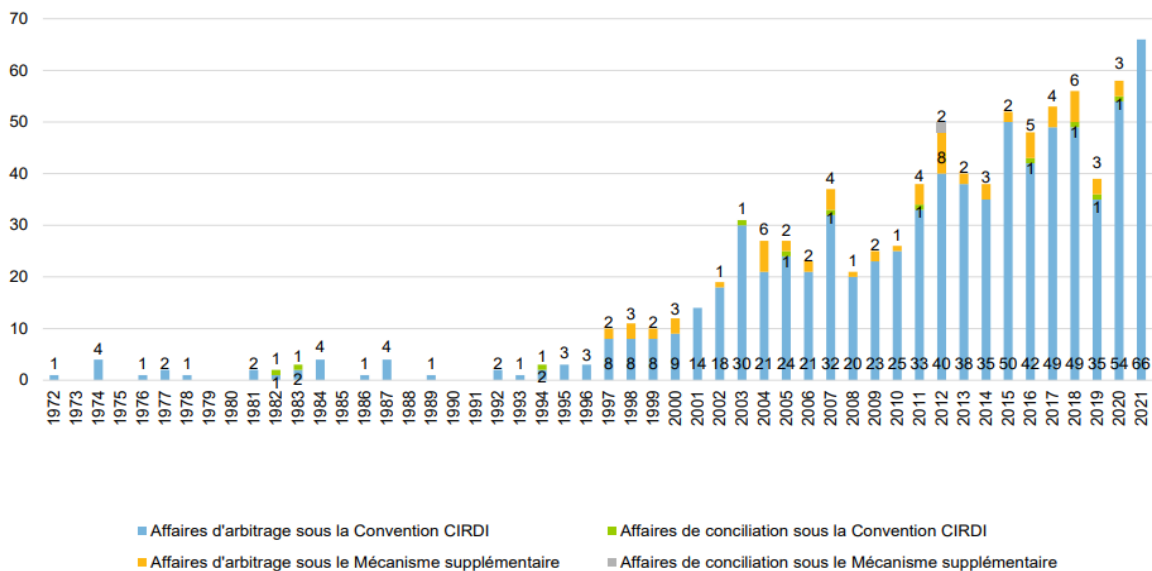
Graphique 1: Nombre total d'affaires enregistrées annuellement par le CIRDI



Au 31 décembre 2021, le CIRDI a enregistré 869 affaires sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire.

Annexe 5

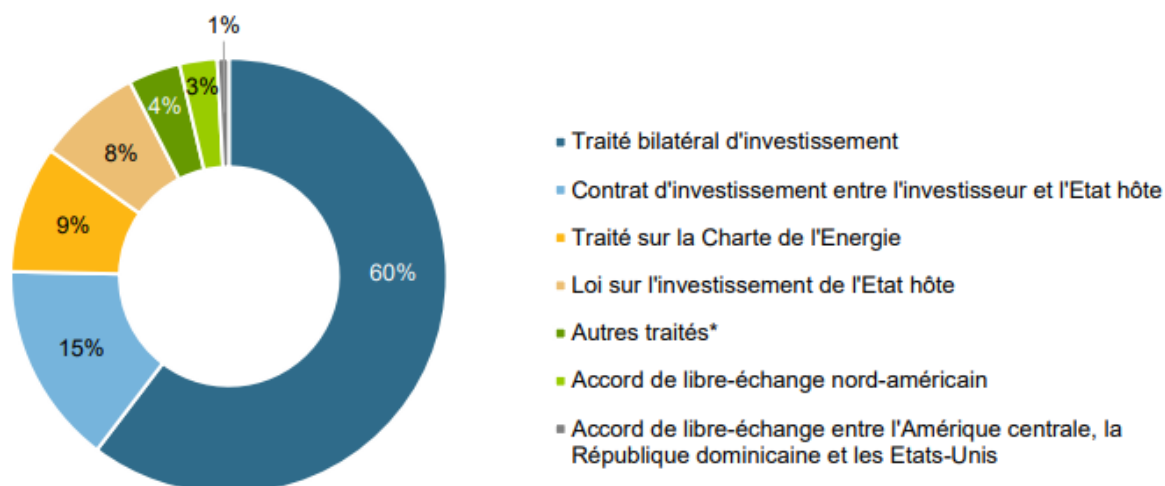
Graphique 2: Nombre d'affaires CIRDI enregistrées annuellement



Annexe 6

Instrument invoqué pour établir le consentement à la compétence du CIRDI dans les affaires enregistrées par le CIRDI

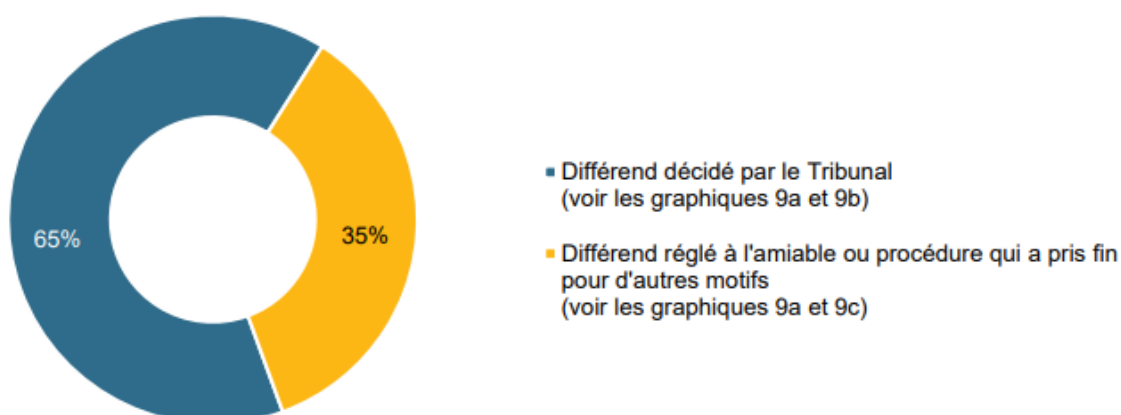
Graphique 6: Instrument invoqué pour établir le consentement à la compétence du CIRDI dans les affaires enregistrées sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire



Annexe 7

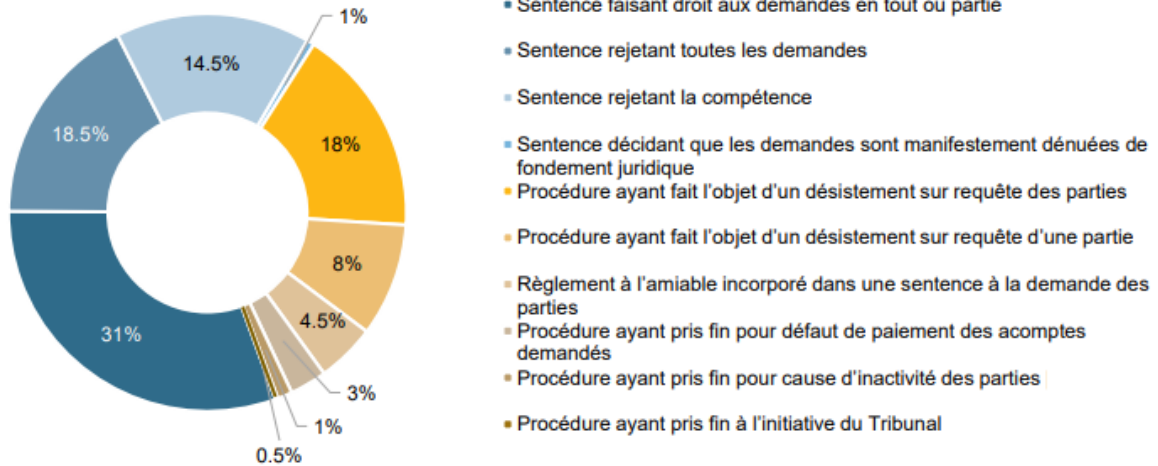
Procédures d'arbitrage CIRDI – Résultats

Graphique 9: Procédures d'arbitrage sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire – Résultats



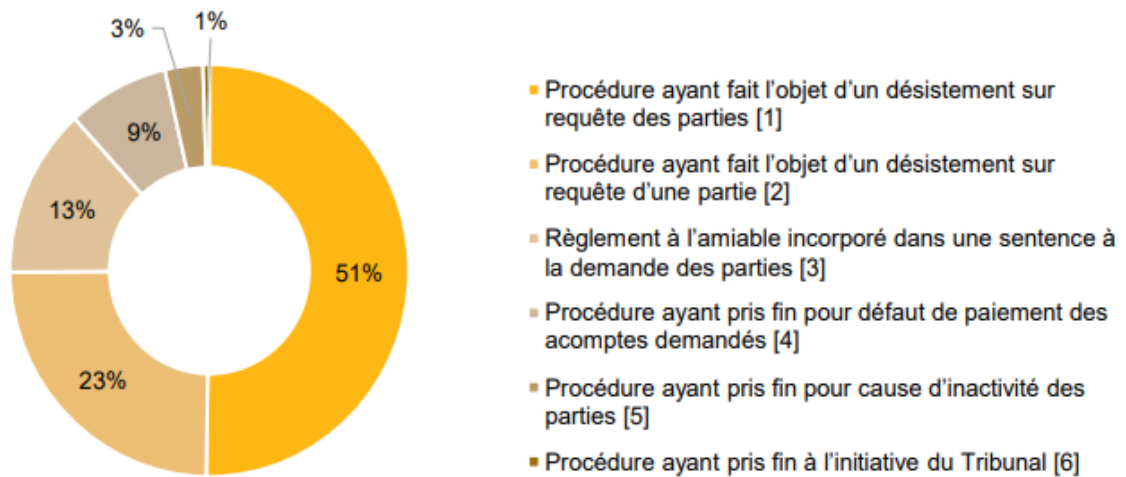
Annexe 8

Graphique 9a: Procédures d'arbitrage sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire – Décisions des tribunaux, différends réglés à l'amiable et procédures ayant pris fin pour d'autres motifs



Annexe 9

Graphique 9c: Différends réglés à l'amiable ou procédures ayant pris fin pour d'autres motifs sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire – Fondements



BIBLIOGRAPHIE

- Walid Ben Hamida : « Séminaire sur les accords internationaux d'investissement et le règlement des différends investisseurs / pays d'accueil », Rabat 5-7 juin 2013 ;
- Matthew Hodgson and Alastair Campbell: “Damages and costs in investment treaty arbitration revisited”, in The International Journal of Commercial and Treaty arbitration; this article was first published in the Global Arbitration Review online news, 14 December 2017;
- Duration and Cost of State-State Arbitration Proceedings », soumis au groupe du travail III de la CNUDCI le 24 October 2018 ;
- Hulley Enterprises Limited (Chypre) v. La fédération Russe, CNUDCI, Affaire PCA. AA 226 ;
- OCDE: “Stocktaking of Investment Dispute Management and Prevention in the Southern Mediterranean Region”, Cairo 26-27 June 2018;
- OECD (2018), OECD Investment Policy Reviews: Southeast Asia.