

# AJSP

Association des élèves et diplômés juristes



SciencesPo.

# LA REVUE DES JURISTES

DE SCIENCES PO

REVUE DE L'ASSOCIATION DES ÉLÈVES ET DIPLÔMÉS JURISTES • SEMESTRIEL • N°5 • HIVER 2012



## ÉDITORIAL

*« No country has developed successfully by turning its back on international trade and long-term capital flows [...]. But is equally true that no country has developed simply by opening itself up to trade and investment. »*

Dani Rodrik, *One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions, and Economic Growth.*

CHERS AMIS,

Les environnements économique et géopolitique auront connu de nombreux bouleversements en 2011. De la chute des cours boursiers du mois d'août aux renversements de régimes politiques à la suite du « Printemps Arabe », aucun continent n'aura été épargné.

La stabilisation de ces deux environnements semble pourtant nécessaire afin de retrouver le chemin de la croissance. Dani Rodrik, professeur de politique économique internationale à l'Université d'Harvard, soutenait dans *One Economics, Many Recipes*, publié aux Presses Universitaires de Princeton en 2008, qu' « aucun pays n'a connu de développement réussi en tournant le dos au commerce international » et qu' « aucun pays ne s'est développé par le simple fait de s'ouvrir aux échanges ».

Dès lors un équilibre se dessine, influencé par la capacité de négociation des Etats, cette dernière dépendant éminemment de leurs puissances économiques respectives. Cet équilibre s'établit *in fine* par un encadrement normatif interne comme externe. Les articles L.151-1 et suivants et R.151-1 et suivants du Code Monétaire et Financier qui réglementent les investissements étrangers en France illustrent bien cette problématique de droit interne. Mais le cadre normatif externe est plus encore au cœur du droit des investissements internationaux : le recours massif aux TBI (Traité Bilatéraux d'Investissement, NDLR) et l'apparition de traités d'investissements multilatéraux sont les phénomènes juridiques les plus flagrants du droit des investissements internationaux.

Ce cinquième numéro de la Revue des Juristes de Sciences Po se propose d'étudier les rapports entre droit et investissements internationaux, sous la direction scientifique du Professeur Fernández Arroyo. Notre objectif a été de cerner les enjeux législatifs, réglementaires et conventionnels relatifs aux investissements, en France comme à l'étranger.

Si l'investissement entendu au sens juridique et économique domine notre dossier thématique, ce nouvel opus réserve une place significative à l'investissement qu'implique une carrière de juriste: l'investissement exigé pour démarrer son activité juridique, à son compte, est, dans cette optique, discuté avec Maître Nicolas Vivien à travers un entretien mené par la rédaction de la RDJ.

La Revue remercie les contributeurs ayant participé à la qualité de ce numéro. Notre prochain numéro portera sur le droit et la concurrence, toutes les contributions sont les bienvenues !

En attendant, nous vous souhaitons, chers lecteurs, une bonne lecture.

*Le comité de rédaction  
de la Revue des Juristes de Sciences Po*



Dorothee Brugère



Stefan Monaghan



Antoine Delacarte



Gustav Kalm



Audrey Lhemann



Bob Zeller

**Responsables de la Revue des Juristes de Sciences Po**

# SOMMAIRE

ÉDITORIAL .....	2
ENQUÊTES .....	5
<b>Démarrer son cabinet</b> , entretien avec Maître Vivien .....	6
<b>Pratique et actualités de l'arbitrage international</b> , entretien avec Maître Quintard .....	9
DOSSIER THÉMATIQUE: LES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX .....	17
<i>Présentation scientifique du dossier, par Diego P. Fernandez Arroyo</i> .....	18
<b>Investissements étrangers : de la liberté surveillée à la réciprocité ?</b> par Paul Lignières et Fanny Mahler .....	20
<b>Les droits de l'homme, critère d'appréciation des investissements internationaux ?</b> Réflexions sur les principes de John Ruggie par Jacques Amar .....	24
<b>Les conditions assortissant les autorisations d'investissements étrangers en France</b> , par Alain Sauty de Chalon .....	30
<b>Quelle flexibilité pour le contrôle des sentences CIRDI?</b> par Laurent Gouiffès .....	35
<b>L'apport du droit de l'OHADA à l'attractivité des investissements étrangers dans les États Parties</b> , par Joseph Kamga .....	43
<b>La Cinquième Modernisation : la Réciprocité ?</b> par Guillaume Rougier-Brierre et Arnaud Lunel .....	52
<b>Le PPP dans le secteur ferroviaire, un outil pour passer les années de crises financières ?</b> par Doris Chevalier .....	57
<b>Les réformes dans le secteur des hydrocarbures en Afrique subsaharienne francophone : le point de vue de praticiens</b> , par Ramin Hariri, Corinne Cuenca et Ludovic Bernet ..	63
<b>Actualité : Les révolutions arabes et le soutien de la collectivité internationale</b> par Henry Marty-Gauquié .....	67
ÉCOLE DE DROIT .....	72
<b>Rencontre</b> avec Thierry Schoen .....	73
<b>Conférence</b> à l'École de Droit, par Michel Leclerc .....	77
APPEL À LA CONTRIBUTION .....	81

# ENQUÊTES

---

ENTRETIEN AVEC NICOLAS VIVIEN

## Démarrer son cabinet



Avocat associé  
gérant et fondateur de *Vivien & Associés*

*Association des Juristes de Sciences Po:*

**Me Vivien, vous êtes aujourd'hui avocat spécialisé en M&A, corporate et affaires internationales au sein du cabinet Vivien & Associés. Quel a été votre parcours, et quelles raisons vous ont amené à fonder votre propre cabinet ?**

*Nicolas Vivien :* J'ai toujours été très attiré par l'univers international. Je voulais que mon futur métier me permette de rester toujours en contact avec des hommes et des environnements différents. Mon choix de devenir avocat quant à lui, reposait sans doute à la base sur une forme de naïveté : pour moi, le droit c'était la justice. J'ai découvert plus tard sa fonction de régulation des rapports humains et économiques.

Pour ce qui est de mon parcours, je suis passé par la faculté de droit, Sciences Po puis Dauphine en troisième cycle. Je me suis frotté à plusieurs langues -chinois, arabe, swahili- et je m'orientais assez naturellement vers le monde de la grande entreprise où j'avais déjà travaillé pendant mes études. J'ai pourtant été recruté, un peu sur un coup du hasard, par Debevoise & Plimpton, un cabinet de Wall Street qui disposait alors d'une petite antenne parisienne. A cette époque, nous ne faisons que du conseil juridique. Nous intervenons pour l'essentiel sur des dossiers anglo-saxons, principalement des opérations de M&A à dimension interna-

tionale. L'équipe franco-américaine, huit personnes, était très professionnelle. J'y ai appris à travailler, à m'organiser, à m'interroger, bref j'y ai acquis les bases du métier qui est toujours le mien aujourd'hui.

J'ai vite pris conscience qu'une connaissance du système juridique américain serait nécessaire pour évoluer sans handicap dans cet univers de firme. C'est pourquoi je suis parti au bout de deux ans faire un LL.M. à la *law school* de l'université de Cornell. Une fois diplômé, j'ai exercé pendant un peu plus d'un an au sein du bureau de New York de Debevoise & Plimpton. J'ai eu la chance d'y croiser des avocats de premier plan. Je pense notamment à Louis Begley, dont l'exigence et l'élégance dans la vie professionnelle restent encore pour moi, plus de vingt ans après, comme des points cardinaux.

De retour à Paris, devenu avocat lors de la fusion des professions en 1992, j'avais le sentiment que les perspectives qui s'offraient au sein de la petite antenne parisienne du cabinet étaient limitées. J'ai donc quitté Debevoise & Plimpton et rejoint en 1994 Stibbe Simont Monahan Duhot, un cabinet franco-belgo-néerlandais où de nombreux associés avaient, eux aussi, une formation anglo-saxonne. Stibbe avait l'ambition de développer une alternative globale aux firmes anglo-saxonnes, une véritable « puissance continentale » qui

devait contraster avec les cabinets nationaux évoluant alors en ordre dispersé dans un cadre très domestique. Les hollandais étaient très versés dans les affaires internationales, créatifs et très *business oriented*. Beaucoup de dossiers néerlandais concernaient la France. Les belges, de leur côté, avaient une vraie expertise en droit communautaire. Le bureau de Paris était impliqué dans beaucoup de beaux dossiers internationaux du moment. Bref, j'y ai été très heureux, quelques temps. Après un essai infructueux de rapprochement avec un cabinet allemand, des dynamiques centrifuges ont cependant commencé à s'imposer parmi les associés. Je me suis trouvé, en 1999, à une croisée des chemins. A l'époque, tous les cabinets d'affaires grandissaient et se renforçaient. La mode actuelle des *boutique firms* indépendantes n'existait pas. Lorsque j'ai annoncé à mes associés mon intention de partir et d'ouvrir un nouveau cabinet avec trois amis avocats très proches, certains m'ont affirmé que nous commettions une grave erreur...

**AJSP : Quelles ont été les principales raisons qui vous ont poussé à vous lancer dans une telle aventure ?**

N.V. : L'envie, le goût de la liberté et du compagnonnage, le sens de la solidarité, la confiance absolue que j'avais -et que j'ai toujours- dans les amis avec qui la décision avait été prise. La certitude qu'on pouvait faire mieux, avec moins de moyens, dans un cadre plus concentré. La volonté aussi d'échapper aux conflits d'intérêts que génèrent, à mon avis à tous points de vue, les grandes structures collectives. Certaines personnes ne sauteront jamais ce pas. Ce choix est respectable. Pour ma part, disons qu'il y avait aussi la volonté de ne pas me réveiller un jour avec au cou la marque du collier, pour paraphraser La Fontaine. Je voulais être heureux professionnellement et en harmonie avec ma vie personnelle. Pour ça j'avais besoin de liberté.

Au final, c'était le choix d'une plus grande part de risque, pour bénéficier d'une plus grande liberté. Toutes nos décisions sont aujourd'hui prises en commun, par consensus, c'est l'une des bases de notre fonctionnement. Personne d'autre que nous ne détermine nos choix professionnels, la façon dont nous devons sélectionner et servir nos clients, ni les moyens humains ou matériels que nous pouvons déployer pour y parvenir. Certes, nous réfléchissons à deux fois avant de décider un recrutement, ou un investissement significatif et nous savons que nous ne pouvons compter que sur nos propres forces, mais c'est en fait très bien ainsi.

**AJSP : Ne pourrait-on pas dire que la liberté à laquelle vous aspiriez s'en trouve par définition réduite ?**

N.V. : Non. Nous nous sommes beaucoup interrogés initialement sur un point : le choix de la liberté n'allait-il pas contraindre la nature de notre pratique ? Certains nous disaient : vous vous condamnez aux dossiers moins intéressants, plus petits, moins internationaux... Je suis content de dire que cette crainte s'est avérée complètement infondée, et ce dès les premières semaines d'exercice. Nous avons gardé une clientèle très internationale qui s'est beaucoup développée et nous avons une pratique très riche et très diversifiée au plan technique. Nous n'avons ni baissé en gamme, ni compromis en qualité. Si l'on compare notre fonctionnement avec celui d'un grand cabinet international, où les décisions prises doivent parfois être revues par des associés exerçant à l'étranger, dans un cadre très différent, il y a un indéniable gain de liberté et de temps. Nous ne procédons en fait que rarement à des mises au vote formelles. Seule la cooptation d'un nouvel associé, qui nécessite une confiance absolue dans le candidat, donne lieu chez nous à un vote. Il est toujours unanime.

**AJSP : Pour en revenir à la formation de votre cabinet, quelles ont été les étapes à suivre ?**

N.V. : Une fois que le choix est clair dans sa tête, c'est en fait très simple. D'un point de vue matériel, il a fallu nous engager financièrement et personnellement dans la location de bureaux et l'acquisition d'outils informatiques et d'une documentation technique efficace. Dans notre cas, il nous a fallu emprunter, et donc établir et présenter un plan d'affaires et garantir personnellement l'emprunt souscrit. Nous ne nous sommes pas payés, ou très peu, pendant quelques mois, mais l'activité a en fait démarré très vite. Ce sont aujourd'hui d'excellents souvenirs de campeurs...

**AJSP : Pensez-vous qu'il faille nécessairement disposer d'une longue expérience préalable pour s'atteler à la création de son propre cabinet ?**

N.V. : Non. Je suis néanmoins admiratif de ces jeunes avocats qui se lancent sans être passé par un grand cabinet matriciel. Ce type d'expérience apporte généralement une meilleure confiance en soi, mais surtout permet d'acquérir des méthodes, amène à se confronter à des dossiers techniques, à expérimenter le travail d'équipe, etc. Bref, c'est une courbe d'apprentissage rapide. Jusqu'au jour où les inconvénients commencent à se faire sentir. Ceux qui se lancent dès l'obtention de leur diplôme ou peu après sont à mon avis de vrais aventuriers. Ils peuvent fort bien réussir, mais ils peuvent également se trouver contraints d'accepter ce que le marché apporte, bon ou moins bon, sans grande marge de choix.

**AJSP : Quelles sont, selon vous, les clefs du succès pour les avocats décidant de créer leur propre cabinet ?**

N. V. : Nous autres avocats sommes doublement chanceux : nous pouvons démarrer notre activité sans mobiliser des capitaux

importants : un bail, un téléphone, un ordinateur, quelques revues essentielles et c'est parti : *have a bag, will travel*, selon la formule. Nous sommes aussi chanceux car la matière première travaillée chaque jour, au-delà du droit, s'appelle la confiance. Je ne connais pas la clef du succès, mais je sais par contre que l'élément le plus important pour un avocat est sa capacité à construire une vraie relation de confiance, durable, avec ses clients. Lorsqu'un client vient vous trouver et que vous acceptez de prendre en charge ses affaires, ce client doit devenir pour vous essentiel. Si vous êtes à l'écoute, si vous démontrez que vous comprenez ses préoccupations et que vous vous investissez véritablement dans la prise en charge de ses affaires, vous êtes sur le bon chemin. La relation de confiance se construit patiemment, grâce à la compétence et dans la discrétion. Elle n'a pas grand-chose à voir à mon avis avec la recherche d'une notoriété facile qui accompagne, chez certains, la culture du *deal*. Un autre élément tout aussi essentiel est l'éthique personnelle de l'avocat. Il faut être capable de dire non, de refuser un client, un dossier ou un montage illégal et d'expliquer pourquoi. La liberté est à ce prix. Or la liberté doit rester un pôle magnétique. Ceux qui l'oublient se perdent. ■

---

ENTRETIEN AVEC FLORIAN QUINTARD

## *Pratique et actualité de l'arbitrage international*

---



Avocat aux barreaux de Paris et Londres (solicitor),  
collaborateur au département d'arbitrage  
international du cabinet White & Case LLP.

*Le présent article exprime la seule opinion de son  
auteur et n'engage en rien White & Case.*

**Bob Zeller (BZ):** *On a coutume de distinguer trois catégories d'arbitrage: commercial, d'investissement et de construction. Cette classification vous convainc-t-elle ?*

**Florian Quintard (FQ):** On peut en effet opérer cette distinction en fonction du domaine. Il faut cependant noter que les arbitrages de construction sont en réalité des arbitrages commerciaux, même si on les traite souvent comme une catégorie à part entière.

Il est tout aussi intéressant d'observer le fondement de la demande d'arbitrage, ce qui mène à la classification suivante: les arbitrages naissant de la rupture d'un contrat, qui regroupent les arbitrages commerciaux et donc de construction, et ceux naissant de la violation d'un traité, les arbitrages d'investissement.

La demande d'arbitrage sur un fondement contractuel est bien connue: tout contrat qui contient une clause compromissoire impose aux parties de régler leurs différends via l'arbitrage. Alternativement, en l'absence de clause compromissoire, une fois le litige né, les parties peuvent opter pour l'arbitrage: c'est ce qu'on appelle un compromis d'arbitrage.

L'arbitrage d'investissement est plus complexe car bien qu'ayant souvent une origine contrac-

tuelle (puisqu'un investissement repose à la base sur un contrat), ce n'est pas via le contrat que l'arbitrage est engagé. Dans la majorité des cas, l'investisseur va engager un arbitrage sur le fondement d'un traité entre deux Etats auquel, en tant qu'entité privée, il n'est évidemment pas partie. Pour être tout à fait complet, il faut préciser qu'un contrat peut contenir une clause d'arbitrage CIRDI, dont la violation permettra dans certaines conditions le déclenchement d'un arbitrage CIRDI [*Centre international pour le règlement des différends relatifs à l'investissement, ICSID en anglais, NDLR*].

**Antoine Delacarte (AD):** *Les traités évoqués sont les Traités Bilatéraux d'Investissement ? [TBI ou BIT en anglais, NDLR]*

**FQ:** Exactement: un TBI entre les Etats A et B va permettre à un investisseur issu de l'Etat A d'initier un arbitrage contre l'Etat B. Une variante: les traités multipartites. Un exemple: le Traité sur la Charte de l'Energie [*TCE ou Energy Charter Treaty (ECT), en anglais, NDLR*] qui permet à un investisseur privé issu d'un Etat signataire d'initier une procédure d'arbitrage contre un autre Etat signataire. C'est là que s'observe l'originalité de l'arbi-

trage d'investissement : une entité privée peut initier une procédure contre un Etat, sans avoir recours à la voie diplomatique. La partie demanderesse évite ainsi les obstacles politiques inhérents au processus diplomatique.

Une dernière chose sur laquelle je voudrais revenir concernant les différents fondements des arbitrages d'investissement : l'origine législative. Certains Etats ont adopté des lois de promotion de l'investissement étranger, afin d'attirer les investisseurs : pour rassurer ces derniers, ces lois permettent le recours à l'arbitrage international en cas, entre autres, d'expropriation. Je pense au Kazakhstan notamment. Dans une telle configuration, l'avocat peut avoir à choisir entre initier une procédure d'arbitrage fondée sur un TBI ou sur la loi d'investissement. De nombreuses considérations entrent alors en jeu : par exemple, lequel des deux instruments offre une meilleure protection ?

Ce qu'il faut retenir, c'est que quelle que soit la voie choisie, un TBI ou une loi d'investissement permet de régler les différends par le biais de l'arbitrage, même si ce n'est pas prévu dans les contrats par le biais desquels les investissements sont régis.

***AD: Qu'en est-il plus spécifiquement de la Convention de Washington de 1965?***

**FQ:** Cette Convention fonde le CIRDI, institution internationale sous l'égide de la Banque Mondiale. Un certain nombre de TBI conclus entre Etats signataires de cette Convention soumettent ainsi les litiges entre Etats et investisseurs à cette instance. L'avantage du règlement CIRDI est la flexibilité des règles d'arbitrage, mais aussi l'assurance d'être face à une instance spécialisée dans ce type de litige et qui tiendra compte tant de l'intérêt des Etats que de celui des investisseurs.

***BZ: Qu'en est-il du choix du TBI à mobiliser. N'existe-t-il pas un risque de voir chacune des parties – voire l'Etat concerné – tenter de faire prévaloir un texte sur un autre ?***

**FQ:** A ce niveau, plus pratique, l'Etat va rarement être la partie demanderesse. Là où tout se complique, c'est qu'un investisseur peut souvent bénéficier de plusieurs TBI, suivant sa nationalité ou celle de ses actionnaires. Les avocats de la partie demanderesse vont analyser les différents TBI afin de déterminer le plus favorable, c'est-à-dire celui qui permettra d'initier une procédure d'arbitrage avec le moins d'obstacles juridictionnels possibles et qui donnera à l'investisseur la meilleure protection. C'est généralement un choix stratégique pour tenter de se placer dans la meilleure position juridique possible.

***AD: Les TBI sont donc de qualités variables ? N'y a-t-il pas de modèles ?***

**FQ:** Un TBI est un traité, donc un accord entre deux Etats. Comme tout accord, un TBI sera l'objet de négociations. Certains Etats disposent bien d'un modèle sur lequel ils basent ces négociations, mais comme dans toute négociation, un rapport de force s'établit. Selon ce rapport de force, les dispositions du TBI seront plutôt favorables à l'un ou l'autre Etat. En général, on oppose les Etats d'où proviennent les investisseurs aux Etats qui cherchent à accueillir les investissements. Les premiers sont le plus souvent les plus « développés », et sont donc en position de force : ils chercheront classiquement à maximiser la protection de leurs entreprises qui investissent à l'étranger. Les TBI en résultant seront donc très souvent pro-investisseurs.

Mais attention : on peut s'attendre à ce que cela mène à des situations dans lesquelles les Etats qui ont négocié des TBI pro-investisseurs se retrouveront défendeurs. On a déjà quelques

exemples d'arbitrages d'investissement contre certains Etats d'Europe de l'ouest. Ces derniers doivent à présent faire face à des TBI pro-investisseurs dont ils ont pourtant eux-mêmes négocié les termes ! C'est l'arroseur arrosé...

**AD:** *Dans cette configuration, assiste-t-on souvent à des renégociations de traités pour quelques raisons que cela soit ?*

**FQ:** En théorie, il est toujours possible de modifier un traité. L'avantage du TBI réside dans le fait qu'il est bilatéral, et partant plus ou moins facile à modifier. Il « suffit » que les deux Etats soient d'accord sur la révision. Un traité multilatéral est toujours plus complexe et quasi-impossible à modifier puisque l'on a besoin d'un accord unanime alors que les multiples parties ont rarement des intérêts convergents.

**BZ:** *L'immunité est-elle souvent invoquée ? Que peut faire l'Etat face à une demande d'arbitrage ?*

**FQ:** A travers le TBI, l'Etat renonce à invoquer toute immunité. Par contre, les Etats vont presque systématiquement tenter de mettre en cause la compétence du tribunal arbitral: on a donc en pratique une division de la procédure arbitrale en deux étapes: (1) la compétence, et (2) le fond.

Ces deux étapes peuvent être traitées simultanément ou lors de deux étapes distinctes. Dans ce dernier cas, il y a « bifurcation » de la procédure. Cela permet de réduire les coûts: si le tribunal arbitral juge qu'il n'est pas compétent pour traiter du fond du litige, la procédure prend fin.

**AD:** *A-t-on vu des Etats arguer du fait qu'un investisseur n'a rien apporté au pays et qu'il ne peut donc s'appuyer sur un TBI ?*

**FQ:** Exactement. Dans la phase compétence, l'Etat va regarder les différentes clauses du traité qui permettent à l'investisseur d'attaquer l'Etat. Parmi ces clauses figurent certaines conditions: en particulier, il faut que l'investisseur soit bien un investisseur, d'après la définition du TBI; de même, il faut qu'il y ait un investissement au sens du traité. Si ces définitions ne sont pas satisfaites, l'arbitrage échouera lors de la phase compétence.

**AD:** *Il y a donc eu une jurisprudence extensive sur la notion d'investissement ?*

**FQ:** En effet: comme on l'a vu, les Etats vont tenter de façon quasi-systématique de mettre en cause la qualité d'« investisseur » ou l'« investissement », ce qui a permis à de nombreux tribunaux de se prononcer sur ces questions. Cependant, le flou est de mise, puisque les définitions des différents TBI ne sont pas toutes identiques. Concernant la notion d'investissement, en particulier, c'est un terme difficile à cerner. La Convention de 1965 ne lui a d'ailleurs donné aucune définition claire et précise.

**AD:** *Pour élargir sur l'arbitrage en général, est-ce qu'il y a des tendances qui se dégagent dans ces différentes catégories ? J'entends, avez-vous plutôt affaire à de l'arbitrage de construction/commercial/d'investissement ? Institutionnel/Ad hoc ?*

**FQ:** Le bureau parisien de White & Case traite de tous types d'arbitrages: investissement, commercial, construction. Quant aux institutions arbitrales, de par notre présence

à Paris, nous agissons dans de très nombreux arbitrages CCI [*Chambre de Commerce Internationale, NDLR*], mais sans exclure les autres: l'année dernière, j'ai travaillé par exemple sur un arbitrage SCC [*Chambre de Commerce de Stockholm, NDLR*], ou encore un arbitrage *ad hoc* qui suivait le Règlement de la CNUDCI [*Commission des Nations Unies pour le droit commercial et international, UNCITRAL en anglais, NDLR*].

Quant aux tendances, l'arbitrage d'investissement est en plein essor et une jurisprudence très intéressante se développe à une vitesse impressionnante.

Mais l'arbitrage en général est aussi en phase de croissance: les entreprises incluent désormais des clauses compromissaires dans de nombreux contrats. Ce que l'on voit même dans certaines grandes entreprises, c'est la création au sein des départements juridiques d'équipes spécialisées en arbitrage qui sont là pour épauler les cabinets d'avocats dans les procédures d'arbitrage. Ces équipes ont un rôle souvent très actif dans les choix stratégiques liés aux procédures d'arbitrage.

**AD: À terme, pensez-vous qu'on pourrait les voir se passer des cabinets d'avocats ?**

**FQ:** Cela me paraît improbable.

**AD: Du coup, la qualité des clauses compromissaires s'améliore-t-elle ?**

**FQ:** Dans l'ensemble: oui. Cependant, on rencontre parfois des clauses compromissaires tout à fait incompréhensibles, ce qui pose de nombreux problèmes.

Les cabinets d'avocats profitent pour la plupart de leurs équipes contentieux/arbitrage pour relire les clauses de règlement des différends des contrats rédigés par les autres départements. Cela permet un contrôle de la qualité de ces clauses.

**AD: Que pensez-vous de la position de la Cour de Cassation depuis l'arrêt *Putrabali* sur l'exequatur des sentences internationales annulées dans les pays du siège ? N'est-ce pas un peu extrême d'accorder l'exequatur à des sentences annulées ?**

**FQ:** À mon sens, cela fait partie de la tradition française pro-arbitrage.

**AD: Mais ne pensez-vous pas que n'accorder quasiment aucun recours contre les sentences arbitrales dessert la place de Paris ? Cela pourrait sembler inquiétant.**

**FQ:** Les tribunaux français peuvent au contraire annuler une sentence, mais seulement dans certaines conditions. Par exemple, si le principe du contradictoire n'a pas été respecté ou encore si l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public [*Voir article 1520 du Code de procédure civile, NDLR*].

Mais il est normal que ces conditions soient limitées, car plus on laisse de marge de manœuvre à la contestation des sentences, plus les parties perdantes en profiteront. Il suffit de constater les nombreuses tentatives d'annulation des sentences dans le cadre des procédures CIRDI (en vertu de l'article 52 de la Convention de Washington).

Un autre aspect intéressant lié à la remise en question des sentences: la remise en cause du recours à l'arbitrage à l'intérieur de l'Union par les institutions européennes. D'un côté on a le droit de l'UE et d'un autre le droit international public. On peut mentionner à ce sujet un débat d'actualité au sein de l'UE: la Commission Européenne est hostile au fait qu'un différend entre Etats membres soit réglé par le biais de l'arbitrage. Il est en effet possible que les arbitres émettent une sentence contraire au droit de l'UE, en privilégiant par exemple le droit international public. Une des propositions récentes de l'UE

était que la CJUE puisse devenir un forum d'appel de certaines sentences qui ont trait au droit européen afin de vérifier que les sentences entre Etats membres sont conformes au droit européen. C'est une idée intéressante mais la conséquence immédiate d'un tel processus serait de ralentir les procédures d'arbitrage et de dénaturer la nature même de ce mode de résolution des différends. Le jeu en vaudrait peut-être la chandelle si la qualité des sentences viendrait à être améliorée, mais cela serait-il le cas ? Et quid des délais supplémentaires ? L'UE peut-elle imposer cela à des parties ayant choisi l'arbitrage ?

**BZ :** *Peut-on dès lors, toujours dans cet esprit « d'unification des normes », envisager non pas la création d'une instance de rang international chargée de rendre des sentences d'arbitrage suivant un corpus juridique stable – on a vu en effet que cela paraît pour le moins utopique – mais bien plutôt l'apparition de traités centrés sur des secteurs précis, avec une vocation à être appliqués à grande échelle ?*

**FQ :** Tout d'abord, on dispose des plusieurs règlements d'arbitrage, qui déterminent la procédure à appliquer. On pourrait imaginer une procédure unique, mais avoir le choix entre les règles CCI, LCIA, AAA ou autre, c'est une des richesses de l'arbitrage. L'uniformisation n'est pas nécessairement souhaitable.

Quant au fond, dans le domaine de l'investissement, on dispose d'une multitude de TBI qui comportent de nombreuses différences. Mais vous avez raison, il existe un très bon exemple d'instrument à l'échelle internationale qui à terme permettra d'y voir plus clair, si la jurisprudence arbitrale liée à ce dernier se développe : le Traité sur la Charte de l'Ener-

gie. Ce traité multilatéral signé en 1994 protège les investissements internationaux dans un secteur économique bien précis : celui de l'énergie. Il est remarquable par le nombre d'Etats signataires et l'état avancé de protection qu'il accorde aux investisseurs.

**AD :** *Sur le choix du droit applicable, y-a-t-il des tendances, des rapports de force ? Les acteurs préfèrent-ils le droit civil, la common law ? Est-ce complètement changeant et aléatoire en fonction des contrats ?*

**BZ :** *Dans le même esprit, une fois le droit applicable choisi, ce choix implique-t-il qu'il sera impossible d'avoir recours à des arguments issus d'autres ordres juridiques ?*

**FQ :** Concernant le droit applicable, prenons un exemple : je travaille sur un arbitrage de construction qui concerne un projet en Ukraine et dont le droit applicable est le droit ukrainien. Ainsi, le droit applicable n'est pas systématiquement le droit français ou anglais... Au contraire : dans les arbitrages de construction, le droit applicable au différend est souvent le droit local (c'est-à-dire le droit du pays dans lequel le projet est exécuté).

Toutefois, la caractéristique du droit de l'arbitrage est d'être flexible et les avocats n'hésitent pas à recourir à des concepts issus d'autres systèmes juridiques. Il est tout à fait permis de faire référence à des systèmes juridiques très aboutis sur certains sujets pour donner une dimension comparative à son argumentaire juridique. Ainsi dans l'arbitrage de construction, le droit le plus perfectionné est sans aucun doute le droit anglais et concernant certains arguments, il est nécessaire de faire référence aux concepts issus de ce droit, qu'on ne retrouve pas forcément dans d'autres systèmes juridiques.

Un bon argument en arbitrage, c'est un argument qui va convaincre les arbitres, qui va les rassurer sur le fait que la solution que vous proposez est juste. Présenter une approche comparatiste œuvre dans ce sens.

**BZ: Dans votre exemple, cela implique-t-il qu'il vous faille étudier en profondeur le droit ukrainien ?**

**FQ:** Bien évidemment on ne peut pas se passer des avocats locaux, qui vont rédiger un rapport d'expertise de droit local sur les questions de droit local qui posent problème. C'est donc un travail d'équipe.

**AD: Qu'en est-il de la langue utilisée ? Est-il fréquent d'avoir des arbitrages bilingues ou trilingues ?**

**FQ:** Il est assez fréquent que la clause compromissoire fasse référence à plusieurs langues de l'arbitrage. Dans l'affaire précitée, les langues de l'arbitrage étaient l'anglais et le russe et certaines pièces étaient en ukrainien.

**AD: Que vous deviez traduire ?**

**FQ:** Chaque partie doit décider de traduire ou non les pièces qu'elle verse aux débats. Il faut parfois accepter de traduire de nombreuses pièces, pour que le tribunal puisse les comprendre, les prendre en compte dans leur analyse. Cela peut devenir très onéreux pour les parties.

**BZ: Quelle est l'influence des parties sur la procédure à suivre lors de l'arbitrage ?**

**FQ:** La procédure à suivre est souvent codifiée dans les règlements d'arbitrage, si un de ces derniers s'applique. Les parties cependant ont aussi leur mot à dire: des ordonnances de procédure sont établies entre les parties et le tribunal ; elles mettent en place les règles du

jeu: le nombre de mémoires, d'audiences, et parfois le nombre de témoins, d'experts.

L'influence des procédures anglo-saxonnes est certaine, même dans les arbitrages dont le siège est à Paris. Ainsi, concernant les audiences d'audition de témoins, les méthodes appliquées lors des audiences sont donc celles de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire (le fameux « cross-examination »). Cela a pu poser problème d'un point de vue déontologique, notamment concernant la question de la préparation des témoins: en effet, les règles françaises de déontologie ne permettaient pas de « préparer » les témoins à ces contre-interrogatoires... Dans ce cas, que faire quand on sait que la partie adverse, représentée par un cabinet new-yorkais va bénéficier d'une préparation de ses témoins ? Les avocats français se trouvaient donc en position défavorable, aux dépens de leurs clients.

L'Ordre des avocats du Barreau de Paris a apporté la réponse à cette question en adoptant une résolution en février 2008, permettant une telle préparation des témoins dans le cadre de procédures d'arbitrage international.

**AD: Il y a donc toujours de la cross-examination ?**

**FQ:** Dans l'arbitrage international, c'est quasi-systématique: lors d'une audience le mois dernier, le siège de l'arbitrage était Paris, la langue de l'arbitrage était le français et les conseils étaient de chaque côté un cabinet international basé à Paris. De plus, les arbitres étaient tous les trois issus de systèmes juridiques civilistes. On était donc très loin d'un arbitrage anglo-saxon, ce qui n'a pas empêché les parties de chacune recourir à la « cross-examination ».

**BZ:** *Pour en revenir à la perspective de l'opposition entre Etats et investisseurs, dans quels cas peut-on arguer de la violation par un Etat de ses engagements internationaux ?*

**FQ:** Les TBI comportent des dispositions indiquant aux Etats un comportement à suivre : si ce comportement n'a pas été suivi, il y a violation du TBI, et donc des engagements internationaux de l'Etat. Par exemple, un TBI va classiquement protéger l'investisseur contre toute expropriation, ou encore va imposer à l'Etat qui accueille l'investissement de traiter l'investisseur de façon juste et équitable.

Il faut bien noter que le TBI ne fait pas obstacle à la volonté de l'Etat : en cas de violation du TBI, ce dernier permet seulement à l'investisseur d'activer une procédure d'arbitrage. Il y a quelque part une réserve de souveraineté, mais le droit des investissements internationaux et les TBI y mettent un prix. L'Etat qui commet une expropriation s'expose ainsi à une procédure arbitrale et à ses conséquences financières.

La protection des TBI s'étend également à des mesures beaucoup plus discrètes qui peuvent être prises à l'encontre d'un investisseur. L'affaire « AES c/ Hongrie » est un bon exemple, puisque les mesures en question étaient des mesures tarifaires assez subtiles. Cette affaire se ramène à la problématique européenne que nous avons mentionnée précédemment puisque la Commission européenne est intervenue par le biais d'un mémoire d'*amicus curiae* [intervention d'une personne ou entité extérieure au litige mais ayant un intérêt dans la question, NDLR]. Cette intervention s'explique par l'existence d'un conflit entre, d'un côté, les droits issus du Traité sur la Charte de l'Energie, sur lequel était fondée la demande

d'arbitrage, et de l'autre côté, des normes européennes de droit de la concurrence. En un mot, l'investisseur devait recevoir une certaine somme de par son contrat et ce dernier avait été modifié unilatéralement par la Hongrie qui prétendait agir sous l'influence du droit européen.

**BZ:** *Certaines décisions du CIRDI, regroupées par certains auteurs sous l'appellation de « Local remedies cases » ont repoussé des recours devant le tribunal arbitral au motif que les voies de recours internes n'avaient pas été épuisées. Ces décisions ne semblent-elles pas entrer en contradiction avec l'esprit même de l'arbitrage ?*

**FQ:** L'un des fondements de l'arbitrage est le consentement de chaque partie. En matière d'investissements, les Etats peuvent choisir de conditionner leur consentement à l'arbitrage à l'épuisement des recours administratifs ou judiciaires internes. Cette faculté leur est d'ailleurs expressément accordée par la Convention de Washington [article 26, NDLR]. Cela donne à l'Etat l'opportunité de corriger le dommage invoqué par l'investisseur. On peut comparer cela à l'obligation posée par certaines clauses compromissaires de respecter un délai d'attente avant de recourir à l'arbitrage, ou d'engager des négociations au préalable.

De plus, dans les cas particuliers où l'investisseur invoque une violation du TBI du fait des tribunaux locaux (par exemple, si l'investisseur invoque un déni de justice), il est normal qu'il ne puisse pas commencer une procédure CIRDI avant que les voies de recours internes disponibles n'aient été épuisées au préalable.

**BZ:** *En se positionnant à présent après l'émission de la sentence d'arbitrage, peut-on dire que tout est terminé ?*

**FQ:** Pas encore ! Certaines parties sont « fair-play », et certains perdants paient. Cependant, une sentence favorable est très souvent synonyme de nombreux efforts avant d'arriver au paiement. Parfois, la réputation d'une entreprise est aussi en jeu et ne pas exécuter une sentence pourrait avoir des conséquences sur ses relations commerciales... Il y a ainsi une certaine différence entre l'arbitrage d'investissement et l'arbitrage commercial. Dans ce dernier cas, les parties vont parfois chercher à garder de bonnes relations ce qui facilite l'exécution de la sentence.

En cas de difficultés, le rôle de l'avocat est d'assurer le paiement, ce qui nécessite parfois une certaine créativité: il faut comprendre et analyser les flux de liquidités allant vers le débiteur de la sentence et tenter d'interrompre ces paiements pour en devenir le bénéficiaire. L'intervention des tribunaux locaux est souvent nécessaire. On va donc tenter d'agir dans les juridictions favorables à l'arbitrage, dont le droit facilite l'exequatur d'une sentence... c'est donc un élément supplémentaire à prendre en compte.

**BZ:** *Cela signifie-t-il que vous procédez à ce type de recherche avant même que l'arbitrage ne soit résolu ?*

**FQ:** Il est commun d'informer le client, avant le début de la procédure, quant à ses chances de récupérer la moindre somme en cas de victoire. Cela fera partie des informations à sa disposition lors de la décision d'initier ou non une procédure d'arbitrage. ■

DOSSIER THÉMATIQUE :

# *LES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX*

---

*Présentation scientifique du dossier  
par Diego P. Fernandez Arroyo*

**Investissements étrangers : de la liberté surveillée à la réciprocité ?**  
par Paul Lignièrès et Fanny Mahler

**Les droits de l'homme, critère d'appréciation  
des investissements internationaux ?**  
Réflexions sur les principes de John Ruggie par Jacques Amar

**Les conditions assortissant les autorisations  
d'investissements étrangers en France**  
par Alain Sauty de Chalon

**Quelle flexibilité pour le contrôle des sentences CIRDI ?**  
par Laurent Gouiffès

**L'apport du droit de l'OHADA à l'attractivité  
des investissements étrangers dans les États Parties**  
par Joseph Kanga

**La Cinquième Modernisation : la Réciprocité ?**  
par Guillaume Rougier-Brierre et Arnaud Lunel

**Le PPP dans le secteur ferroviaire,  
un outil pour passer les années de crises financières ?**  
par Doris Chevalier

**Les réformes dans le secteur des hydrocarbures  
en Afrique subsaharienne francophone : le point de vue de praticiens**  
par Ramin Hariri, Corinne Cuenca et Ludovic Bernet

**Actualité : les révolutions arabes  
et le soutien de la collectivité internationale**  
par Henry Marty-Gauquié

DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO

## *Présentation scientifique du dossier*



Professeur à l'École de Droit de Sciences Po  
et délégué de la République Argentine au sein  
du groupe de travail d'arbitrage de la CNUDCI

Le droit des investissements est, sans doute, l'un des domaines juridiques qui a le plus évolué ces dernières années. Cette évolution a provoqué, et continue de provoquer, des controverses acharnées. Au fond des discussions se trouvent des questions d'une grande importance telles que le pouvoir des États pour régler les flux de capitaux, la portée de la protection que les États doivent octroyer aux investisseurs et les contradictions inévitables entre les intérêts généraux souvent affectés par les investissements et les droits des investisseurs. Toutes ces questions ont été mises en évidence par les centaines d'affaires entre investisseurs et États hôtes portées devant des tribunaux arbitraux depuis une trentaine d'années, et surtout depuis les années 2000 où le nombre d'affaires a littéralement explosé.

C'est en effet à partir de cette décennie que le contentieux arbitral en matière d'investissements a occupé le centre de la scène, en raison de la conjonction de deux facteurs : d'abord l'irruption des nombreux traités bilatéraux de protection d'investissements et de plusieurs instruments multilatéraux (des traités de libre échange) contenant des mécanismes de règlement des différends, ensuite les conséquences

(attendues et inattendues) de la situation créée par la dérégulation et la privatisation massive de l'industrie du secteur de l'énergie et des services publics. S'il y a presque cinquante ans, après des négociations assez complexes sous les auspices de la Banque mondiale, il a été possible de créer un système pour la résolution des différends relatifs aux investissements sans l'intervention des tribunaux étatiques (le mécanisme du CIRDI – Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements –, consacré dans la Convention de Washington de 1965), il a fallu attendre pour que ce système commence à montrer son importance. En même temps, ont commencé à se développer d'autres mécanismes de règlement des différends, tant institutionnels qu'*ad hoc*.

Dans ce contexte, les États (et, désormais, aussi l'Union européenne) cherchent à trouver un équilibre entre leur besoin d'attirer des investissements, d'une part, et leur rôle régulateur et leur responsabilité dans la promotion et la protection des intérêts généraux d'autre part. Les façons d'atteindre cet équilibre sont variées, voire opposées. Naturellement, en dehors des attitudes officielles des

États, les opinions au sein de chacun d'eux ne sont pas unanimes. Même la « communauté arbitrale » manque d'unanimité sur ces questions épineuses, comme le reflètent quelques opinions dissidentes devenues célèbres. Aussi, du côté des investisseurs, on peut observer des réactions justes et compréhensibles face aux mesures arbitraires ou simplement illégitimes des États, mais aussi des conduites clairement abusives consistant à prétendre être victimes de discriminations ou expropriations, là où il n'y a que l'exercice normal du gouvernement de l'État. Mais, au-delà de ces différences, il existe bien une situation objective qui montre que la plupart des États ont assumé des compromis juridiques en participant au tissage de l'épaisse toile d'araignée des traités bilatéraux de protection d'investissements ou d'autres traités internationaux. Le droit des investissements est ainsi devenu une réalité évidente où la portée et les caractéristiques des engagements des États restent soumises à discussion.

Voici la raison pour laquelle, parallèlement à l'adoption des positions politiques et de la définition des relations économiques internationales, une partie essentielle de la discussion du droit des investissements tourne autour de la résolution des litiges entre les investisseurs étrangers et les États. Le débat relatif au fonctionnement et à la justification des procédures arbitrales laisse entrevoir une donnée fondamentale en la matière : l'exclusion de principe de la compétence des tribunaux étatiques. Il faut se rappeler que la possibilité qu'un État puisse renoncer à la mise en mouvement de son propre appareil judiciaire – dans les cas où il intervient en tant que partie – semblait inacceptable jusqu'à une époque assez récente et qu'elle continue à être controversée dans quelques États, au moins vis-à-vis de certaines matières stratégiques. Cependant, aujourd'hui, même les États

ayant renié ouvertement le système du CIRDI cherchent à établir un autre mécanisme arbitral international.

Des problématiques juridiques cruciales, telles que la nature des biens susceptibles d'expropriation ou la définition même et les contours de la notion d'investissement, continueront à occuper une part non négligeable du débat juridique en la matière. Néanmoins, deux grands sujets évidemment liés l'un à l'autre – l'un relatif à la substance du problème, l'autre à la mise en œuvre des mécanismes arbitraux – occupent désormais les chercheurs ainsi que les tables de négociation. Au fond, la discussion se dirige vers la recherche d'un équilibre plus stable et plus juste entre les intérêts généraux et les intérêts particuliers, avec la protection des droits fondamentaux comme limite infranchissable de l'équation. En ce qui concerne le fonctionnement de l'arbitrage, la discussion sur la transparence, vecteur essentiel de la gouvernance, est en pleine ébullition, notamment dans le cadre de la CNUDCI – Commission des Nations Unies pour le droit commercial international –. Beaucoup d'importantes questions dépendent du résultat de ces discussions et de son application.

Ces éléments démontrent que la décision du Comité éditorial de la *RDJ* de consacrer ce dossier au « droit et les investissements internationaux » ne pouvait pas être plus adéquate. L'actualité du sujet, ses enjeux et les discussions qu'il suscite dans le domaine du droit et au-delà de ses frontières justifient largement une telle décision. En le choisissant, les jeunes juristes de Sciences Po montrent qu'ils se sentent concernés par les grandes transformations qui se produisent au stade actuel de la globalisation et qu'ils souhaitent se préparer à participer à la construction d'une véritable gouvernance globale. ■

PAUL LIGNIÈRES, FANNY MALHER

## *Investissements étrangers : de la liberté surveillée à la réciprocité ?*



Avocat à la Cour



Avocate à la Cour

Les investissements étrangers ont toujours fait l'objet d'un contrôle par les états. La construction du grand marché communautaire a toutefois encadré les pouvoirs des états membres en ce domaine. Or, face à l'émergence de nouvelles puissances économiques et à l'heure d'une incontestable désindustrialisation de l'Europe, la menace, plus ou moins voilée, du retour du protectionnisme est une réalité. La réciprocité apparaît comme une réponse opportune et sans doute plus réaliste.

Il y a d'abord la réalité économique de la délocalisation de la production de grandes entreprises françaises ainsi que les prises de participation (ou les tentatives de prises de participation) par des capitaux étrangers des entreprises européennes.

Cette réalité trouve un écho certain dans le débat politique actuel. Le sujet de la réciprocité des échanges lancé, il y a un an, par la majorité est repris par l'opposition. Clairement posé lors du premier tour des primaires socialistes, le sujet a été relancé par les deux

finalistes (M. Aubry : « Europe ouverte, oui ; Europe offerte, non » et F. Hollande : idée d'un « juste échange » qui se situerait entre le libre-échange idéologique et le repli protectionniste).

Economique et politique, le sujet est surtout éminemment juridique. L'analyse du droit applicable aux investissements étrangers montre que les états ont toujours été les seuls à intervenir pour préserver leurs intérêts essentiels. Le droit communautaire a limité leurs droits et a traité de façon quasiment égale les communautaires et les non communautaires. Actuellement, le contexte économique va certainement conduire les états à poser la question de la réciprocité avec force.

Nous présenterons successivement les racines du droit communautaire, les conséquences dans le droit français positif et les possibilités d'introduction du principe de réciprocité dans le droit des marchés publics - certainement - et dans le droit des investissements étrangers - peut-être.

## I. LES RACINES DU DROIT COMMUNAUTAIRE : LA LIBRE CIRCULATION

Au nombre des motifs ayant présidé à la création de la Communauté européenne figuraient notamment, d'une part, la volonté d'assurer le progrès économique et social des Etats membres en éliminant les barrières divisant l'Europe et, d'autre part, la volonté de contribuer, grâce à une politique commerciale commune, à la suppression progressive des restrictions aux échanges internationaux<sup>1</sup>.

### I.1. Les investissements intracommunautaires : abolition des obstacles à la libre circulation des capitaux au sein de l'Europe

La volonté d'assurer le progrès économique et social des états membres a été mise en œuvre par l'établissement d'un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les états membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux.

Le traité de Rome prévoyait la suppression progressive des restrictions aux mouvements de capitaux appartenant à des personnes résidant dans les états membres ainsi que des discriminations de traitement fondées sur la nationalité ou la résidence des parties ou sur la localisation du placement<sup>2</sup>. La libération totale des mouvements de capitaux est intervenue le 1<sup>er</sup> juillet 1990<sup>3</sup>.

Un régime de liberté absolue s'applique entre les états membres. Toutefois, ces derniers conservent notamment le droit de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règle-

ments (notamment en matière fiscale) ou de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique. Ces mesures ne doivent toutefois pas constituer un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée à la libre circulation<sup>4</sup>. La jurisprudence a précisé que la mise en œuvre de cette liberté doit être conforme au principe de proportionnalité : les mesures restrictives à la libre circulation des capitaux ne peuvent être justifiées par des motifs tirés de l'article 65.1 du TFUE que (i) si elles sont nécessaires pour la protection des intérêts qu'elles visent à garantir et (ii) seulement dans la mesure où ces objectifs ne peuvent être atteints par des mesures moins restrictives<sup>5</sup>. C'est à ce titre que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a censuré plusieurs dispositifs prévoyant l'institution actions spécifiques, ou « *golden shares* », au capital de sociétés qui appartenaient précédemment au secteur public. En effet, les actions spécifiques ne sont compatibles avec le droit de l'Union que si elles sont (i) justifiées par des raisons visées à l'article 65.1 du TFUE ou par des raisons impérieuses d'intérêt général s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'état membre d'accueil et (ii) propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint, en vue de répondre au critère de proportionnalité<sup>6</sup>.

1 Préambule traité instituant la Communauté européenne du 25 mars 1957 (« **traité de Rome** »).

2 Article 67 du traité de Rome.

3 Directive 88/361 du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité de Rome.

4 Article 65.3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

5 CJUE, 14 mars 2000, Association Église de scientologie de Paris, C-54/99, point 19.

6 CJUE, 4 juin 2002, Commission contre France, aff. 483/99, à propos de l'action spécifique de l'Etat dans la société Elf-Aquitaine, point 45 ; voir, plus récemment, CJUE, 11 novembre 2010, Commission contre Portugal, C-543/08.

## I.2. Les investissements en provenance de pays tiers : absence de renforcement des frontières à la périphérie de l'Europe

L'abolition des frontières au sein du marché intérieur n'a pas été suivie d'un renforcement des frontières à sa périphérie. En effet, aux termes de l'article 63 du TFUE, sont également interdites les restrictions aux mouvements de capitaux entre les états membres et les pays tiers. Ces mouvements sont toutefois susceptibles de quelques restrictions supplémentaires par rapport aux restrictions admises pour les investissements intracommunautaires<sup>7</sup>.

En tant qu'état membre de l'Union européenne, la France a édicté un régime des investissements étrangers, intracommunautaires et en provenance de pays tiers, dans le cadre de ces principes.

## II. LES CONSÉQUENCES DANS LE DROIT FRANÇAIS : UNE LIBERTÉ SURVEILLÉE

En France, le régime des investissements étrangers est codifié au sein du Code monétaire et financier (CMF), qui dispose que « *les relations financières entre la France et l'étranger sont libres* ». Il est toutefois précisé que cette liberté s'exerce, selon les modalités prévues par le CMF, « *dans le respect des engagements internationaux souscrits par la France* »<sup>8</sup>. C'est donc étroitement encadré par le droit communautaire que l'état français surveille les investissements étrangers.

<sup>7</sup> Article 64 du TFUE. En outre, une procédure de sauvegarde peut être mise en œuvre au niveau européen lorsque dans des circonstances exceptionnelles, les mouvements de capitaux en provenance ou à destination de pays tiers causent ou menacent de causer des difficultés graves pour le fonctionnement de l'Union économique et monétaire (Article 66 du TFUE).

<sup>8</sup> Article L151-1 du CMF.

Conformément à la possibilité ouverte par l'article 65 du TFUE, la France a instauré un régime particulier en vue d'« *assurer la défense des intérêts nationaux* ». Conformément au droit communautaire, ce régime diffère peu selon qu'il s'agit d'un investissement intracommunautaire ou en provenance d'un pays tiers – le régime des investissements intracommunautaires étant toutefois moins contraignant.

Les investissements non communautaires réalisés dans certains secteurs dits « sensibles » ou « stratégiques » sont ainsi soumis à autorisation préalable du ministre chargé de l'économie. Sont ainsi concernées onze activités<sup>9</sup>. Seules certaines de ces activités sont concernées pour les investissements intracommunautaires.

Le principe de « liberté surveillée » des mouvements de capitaux entre les états membres de l'Union européenne et l'étranger est parfois critiqué, à la fois en raison du manque de contrôle sur certains investissements et de l'absence de réciprocité des relations financières avec un grand nombre de puissances économiques mondiales.

## III. Demain, l'introduction du principe de réciprocité ?

Le principe de réciprocité va très certainement être introduit en droit des marchés publics. En effet, l'Union devrait, selon le Comité économique et social européen, mener une politique commerciale plus offensive et accroître

<sup>9</sup> Article R153-2 du CMF. En simplifiant : les jeux d'argent, la sécurité et la surveillance privées, les activités de recherche, de développement ou de production visant à lutter contre l'utilisation illicite, dans le cadre d'activités terroristes, d'agents pathogènes et toxiques et à prévenir des conséquences sanitaires de cette utilisation, la sécurité des systèmes de technologie d'information ainsi que les activités liées à l'armement et aux marchés « secret défense ».

son pouvoir de négociation en faisant preuve de davantage de fermeté sur la question de la réciprocité, condition d'une concurrence loyale à armes égales. Certains souhaitent également introduire la réciprocité dans le droit des investissements étrangers.

### III.1. La réciprocité dans les marchés publics

Il ressort d'une étude que l'Union européenne a ouvert plus de 80% de ses marchés publics alors que les grandes économies développées n'ont ouvert les leurs qu'à 20%<sup>10</sup>.

Or l'Accord sur les marchés publics (AMP), conclu le 15 avril 1994 au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), énonce que les fournisseurs et prestataires de services d'un état partie doivent bénéficier d'un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui accordé à leurs homologues nationaux<sup>11</sup>. Ces dérogations n'ont toutefois pas été transposées dans les directives européennes relatives à la passation des marchés publics, qui reprennent le principe de non-discrimination entre fournisseurs et prestataires de services de pays tiers membres de l'AMP et leurs homologues européens<sup>12</sup>.

Ces directives européennes devraient faire l'objet d'une adaptation afin d'intégrer un mécanisme de restriction lorsqu'un état membre constate qu'un pays signataire de l'AMP n'entend pas accorder un accès réciproque à ses marchés publics.

<sup>10</sup> CES, Les entreprises publiques des pays tiers dans les marchés publics de l'UE, 23 juillet 2011 (2011/C 218/06).

<sup>11</sup> Article III.1 de l'AMP.

<sup>12</sup> Article 5 de la Directive 2004/18 (« Lors de la passation des marchés publics par les pouvoirs adjudicateurs, les États membres appliquent dans leurs relations des conditions aussi favorables que celles qu'ils réservent aux opérateurs économiques des pays tiers en application de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (...) ») et article 12 de la Directive 2004/17.

### III.3. La réciprocité dans les investissements étrangers

Concernant les investissements étrangers, le débat s'oriente vers plusieurs sujets.

D'abord, certains proposent d'instaurer la possibilité, pour les états membres de contrôler les investissements intervenant dans certains secteurs stratégiques (notamment réseaux essentiels, haute-technologie, etc.).

Ensuite, il est parfois fait référence au modèle américain qui comporte des autorités de contrôle des investissements étrangers au niveau fédéral, le CFIUS (« *Committee on Foreign Investment in the United States* »), et au niveau fédéré, par le biais d'autorités de régulation sectorielles<sup>13</sup>. La question se pose alors de savoir si le contrôle des investissements étrangers ne devrait pas également se faire au niveau de l'Union européenne et non seulement au niveau des états.

Enfin, certains évoquent la nécessité de prendre en compte des critères sociaux et environnementaux (liés à la Responsabilité sociale des entreprises) pour refuser l'accès aux investisseurs qui ne respecteraient pas certains standards.

L'objectif étant que le *free trade* soit également un *fair trade*. ■

<sup>13</sup> Par exemple, la PAPUC (« Pennsylvania Public Utility Commission ») est une autorité de régulation de l'Etat de Pennsylvanie qui intervient dans les secteurs de l'électricité, du gaz naturel, de l'eau, des télécommunications et des transports et est notamment compétente pour contrôler les investissements en provenance de l'étranger dans les entreprises relevant de ces secteurs.

JACQUES AMAR

## *Les droits de l'homme, critère d'appréciation des investissements internationaux ? Réflexions sur les principes de John Ruggie*



Maître de conférences en droit privé  
Université Paris-Dauphine

Un investissement, notion comptable et financière, est une dépense qui reflète, pour l'entreprise qui l'effectue, un pari sur l'avenir. L'entreprise réalise cette dépense en raison de la future rentabilité du projet et espère ainsi bénéficier de ce qui est communément appelé, un bon retour sur investissement. Le calcul le plus basique en la matière consiste à comparer l'éventuelle rentabilité du projet avec le taux d'intérêt. Si la somme investie se révèle moins rentable qu'un simple placement financier, l'entreprise peut en effet gagner autant d'argent sans prendre aucun risque. La logique est la même aussi bien lorsque l'investissement s'effectue en interne ou dans le cadre d'une opération internationale.

Le processus d'investissement repose donc sur une analyse de paramètres économiques et financiers apparemment éloignée de toute référence aux droits de l'homme. Il y a même une dimension cynique dans le développement d'une entreprise à l'international. Soit elle investit précisément pour conquérir de nouveaux marchés; soit elle joue sur la meilleure rentabilité du projet en raison du faible coût de la main d'œuvre. C'est l'une des facettes des mouvements de délocalisation

- chercher les endroits dans le monde dans lesquels entre autres aspects la protection des droits des individus génère moins de coûts qu'en Occident – ainsi que du développement du *low cost* en France. Des rapports d'experts n'ont d'ailleurs pas manqué de critiquer le coût trop élevé que représentait le respect du droit du travail en France<sup>1</sup>. Autrement dit, la logique de comparaison et d'analyse qui sous-tend tout projet d'investissement international porte également sur les coûts de la main d'œuvre et le caractère plus ou moins contraignant des règles applicables en matière de respect de droits de l'individu.

Dans ce cadre, y-a-t-il une utilité et un fondement à se référer aux droits de l'homme? La simple réflexion sur la base des conventions négociées sous l'égide de l'Organisation Internationale du Travail confirme en tous points la prégnance de la prise en compte de la logique économique sur l'objectif de protection des droits des individus soit parce que les conven-

<sup>1</sup> Cf entre autres exemples, C. Beigbeder, *Le low cost, un levier pour le pouvoir d'achat*, La Documentation Française, 2007, p. 18, « La politique salariale de Ryanair est marquée par le refus de toute activité syndicale au sein de l'entreprise »; J. Attali, *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française : 300 décisions pour changer la France*, Documentation Française, 2008, p. 109 sur la lourdeur du Code du travail.

tions ne sont pas ratifiées par tous les pays, soit en raison de leur portée normative limitée. Nous mesurons ainsi le gouffre entre deux conceptions de la concurrence: une concurrence fondée sur la qualité des produits en raison de l'égalisation des conditions de travail réalisée par l'application des normes les plus contraignantes en droit; une concurrence par les prix fondée sur les disparités de développement existant entre les pays.

Dans ce cadre classique, nous voudrions néanmoins exposer la rupture conceptuelle et sémantique introduite par *les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en oeuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies*<sup>2</sup>, ou principes John Ruggie adoptés sous l'égide Conseil des droits de l'homme en mars 2011.

Issu d'un travail de longue haleine entrepris en 2005, ce travail soumis à consultation internationale n'a pas véritablement suscité de commentaires de la part des juristes francophones tant durant sa rédaction qu'une fois promulgué<sup>3</sup>. Il repose sur l'idée suivante: le respect des droits de l'homme implique tout à la fois un engagement des Etats, des entreprises et la possibilité pour les victimes d'obtenir plus facilement des indemnisations en cas d'atteinte aux droits de l'homme – ce que le texte Ruggie dénomme les trois piliers. Au titre des principes, on trouve ainsi la consécration d'une obligation pour les entreprises de respecter les droits de l'homme<sup>4</sup>, c'est-à-dire

la Déclaration universelle de 1948 et les pactes relatifs aux différents droits civils, politiques et culturels adoptés dans son prolongement en 1966. À s'en tenir à cette approche, le fait pour une entreprise d'investir sans se soucier des conséquences de son action en matière de respect des droits de l'homme pourrait avoir un coût, coût qui s'il s'avérait dissuasif pourrait changer la perspective d'investissement. Les actions menées par l'association Sherpas par l'avocat William Bourdon s'inscrivent parfaitement dans cette perspective<sup>5</sup>. Plus largement, il est même clairement fait mention de l'obligation de prendre en compte ce paramètre dans la négociation des «contrats d'investissement»<sup>6</sup> par les États. Nous soulignerons toutefois que les principes Ruggie ne contiennent pas de liste de droits à respecter. Par exemple, ils ne se prononcent pas explicitement sur l'interdiction du travail des enfants qu'ils se contentent d'évoquer en termes généraux. Il ne faut en effet pas se méprendre: nous sommes en présence de l'affirmation de principes; d'autres textes plus précis, notamment sur le travail des enfants, ont vocation à être adoptés très prochainement<sup>7</sup>.

b) *Une procédure de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme pour identifier leurs incidences sur les droits de l'homme, prévenir ces incidences et en atténuer les effets, et rendre compte de la manière dont elles y remédient.*

5 <http://www.asso-sherpa.org/> La devise est : protéger et défendre les victimes des crimes économiques. Preuve que l'invocation des droits de l'homme est multiforme : Maître Bourdon était également l'avocat d'un des fils de Khadafi dans l'affaire où celui-ci était poursuivi pour violences à l'encontre d'une femme de chambre.

6 Principe n°9 : *Les États devraient maintenir une marge d'action nationale suffisante pour satisfaire à leurs obligations en matière de droits de l'homme lorsqu'ils poursuivent des objectifs politiques à caractère commercial avec d'autres États ou des entreprises, par exemple par le biais de traités ou de contrats d'investissement.*

7 Page 10 : *Pour montrer aux entreprises la voie à suivre pour respecter les droits de l'homme, il faudrait leur indiquer les résultats escomptés et les aider à partager les meilleures pratiques. Il faudrait leur conseiller des méthodes adaptées, s'agissant notamment de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, et de la manière d'examiner efficacement la problématique hommes-femmes et les questions de vulnérabilité et de marginalisation, en reconnaissant les problèmes particuliers auxquels peuvent se heurter les peuples autoch-*

2 Conseil des droits de l'homme, 21 mars 2011, A/HRC/17/31.

3 Une exception notable, le mémoire de troisième cycle de J. Bellaïche, B. Gourvet, *Le respect des droits de l'homme par les entreprises, le rapport J. Ruggie*, Université Paris-Dauphine, 2011.

4 Point 15 des principes : *Afin de s'acquitter de leur responsabilité en matière de respect des droits de l'homme, les entreprises doivent avoir en place des politiques et des procédures en rapport avec leur taille et leurs particularités, y compris:*

a) *L'engagement politique de s'acquitter de leur responsabilité en matière de respect des droits de l'homme ;*

Nous voudrions donc, dans le cadre de cet article, nous interroger sur la portée normative de la référence aux droits de l'homme. Sommes-nous en présence d'un simple effet d'annonce ou, au contraire, face à une mutation d'ensemble des comportements tant des entreprises que des Etats? Plus largement, que signifie l'engagement de respecter les droits de l'homme pour une entreprise? Nous montrerons que la référence aux droits de l'homme ne doit pas être sous-estimée (I) mais qu'il est difficile pour autant de présager d'un quelconque changement dans le comportement des acteurs économiques en la matière (II).

### I. DE L'IMPORTANCE DE LA RÉFÉRENCE AUX DROITS DE L'HOMME DANS L'APPRÉCIATION DES COMPORTEMENTS DES ENTREPRISES

En l'état actuel, nous disposons d'un texte – les principes – dont les auteurs sont parfaitement conscients de sa faible valeur normative<sup>8</sup>. Il faut cependant se rendre à l'évidence : la référence aux droits de l'homme dispose par nature d'une force normative qui transcende la problématique classique de la nécessaire transposition du texte pour lui donner valeur positive.

De prime abord, le texte présenté ne dispose d'aucune valeur normative. Pour autant, tant son cadre d'adoption que son contenu laisse présager une mutation complète des sources

---

*tones, les femmes, les minorités nationales ou ethniques, les minorités religieuses et linguistiques, les enfants, les personnes handicapées, les travailleurs migrants et leur famille.*

8 Principes, p. 5 : *À quoi servent ces Principes directeurs? Et comment faut-il les interpréter? Le fait que le Conseil les approuve ne résoudra pas en soi la problématique des entreprises et des droits de l'homme. Mais cela marquera la fin d'une première étape, celle de l'établissement d'un programme d'action mondial qui permettra progressivement d'enchaîner les progrès sans exclure la moindre évolution prometteuse qui pourrait se dessiner à plus long terme.*

de droit. D'une part, nous sortons du cadre classique de l'Organisation Internationale du Travail pour, clairement, s'inscrire dans une autre logique : celle des droits de l'homme comme référence cardinale du droit du travail. D'autre part, les principes renvoient, pour préciser les droits de l'homme ayant vocation à être protégés à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Or, ce texte n'a pas de portée normative. Nous assistons donc à l'élaboration de normes qui visent à modifier les comportements sur la base d'un auto-référencement. Autrement dit, un texte proclame les droits de l'homme et il engendre dans son sillon une série de dispositions toujours plus précises. Dès lors, de deux choses l'une, soit nous assistons à l'émergence d'une sphère juridique déconnectée de toute portée pratique ; soit, au contraire, à force de se référer à ses textes, ceux-ci commencent véritablement à devenir contraignants.

Nous pencherons davantage pour la deuxième branche de l'alternative. Le phénomène peut en effet déjà être observé, précisément à propos de la Déclaration universelle des droits de l'homme. En dépit d'un refus constant de la jurisprudence d'accorder une portée normative à ce texte en raison de son défaut de transposition<sup>9</sup>, il fait office de référence tant lors des questions parlementaires que des réponses ministérielles ! Une recherche menée sur la base de données Lexis Nexis limitée aux seules questions écrites identifie 288 références à ce texte. Si, dans leur grande majorité des cas, ces questions

---

9 CE, 4 août 2006, n° 286734, Treptow : *Juris-Data n° 2006-070680, la seule publication au Journal officiel du 9 février 1949 [de son texte] ne permet pas de [la] ranger au nombre des engagements internationaux, qui, ayant été ratifiés et publiés, ont une autorité supérieure à celle de la loi en vertu de l'article 55 de la Constitution» française de 1958.*

soulèvent des problématiques de politique internationale, d'autres sujets sont également abordés comme la politique tarifaire des services publics. Il y a ici un décalage entre la réception judiciaire du texte et son invocation politique qui illustre parfaitement la dimension normative de la simple référence aux droits de l'homme.

Dans cette perspective, il ne faut pas exclure que les principes Ruggie connaissent une évolution similaire indépendamment de toute transposition. Dès 2008, le Parlement européen estimait nécessaire de s'intéresser aux travaux menés par John Ruggie<sup>10</sup>. C'est donc très logiquement que les principes sont intégrés dès 2011 dans les références du Conseil économique et social européen - *La responsabilité sociale des entreprises (RSE) doit être pratiquée à l'échelle internationale sur la base des déclarations de l'OIT, des principes directeurs de l'OCDE et d'autres instruments internationaux largement reconnus* [24], le texte renvoyant en note expressément aux principes Ruggie<sup>11</sup>. Les textes émanant des institutions révèlent ainsi un mode de réception des normes qui, in fine, leur confère une portée normative.

Il n'en va pas différemment du côté des entreprises. En premier lieu, les principes de Responsabilité Sociale des Entreprises tendent à présent à inclure également le respect des droits de l'homme. Ainsi, l'Organisation

Internationale de Normalisation a adopté la norme ISO 26000 en vertu de laquelle l'obtention de la certification passe par pour l'entreprise par le respect des textes internationaux existants en matière de droits de l'homme, de conditions de travail et d'environnement<sup>12</sup>. En second lieu, dans le droit fil du principe énoncé par John Ruggie selon lequel les entreprises doivent s'engager à respecter les droits de l'homme<sup>13</sup>, 289 chartes promulguées par des entreprises multinationales au terme desquelles celles-ci érigent comme valeur la protection des droits de l'homme. Et, par un phénomène qui ne manque pas de surprendre, la Déclaration Universelle de 1948 fait majoritairement office de référence. Par voie de conséquence et par extension, comme les principes Ruggie ne sont que l'expression du respect des droits de l'homme dans l'entreprise, il est possible de soutenir que ce texte constitue indéniablement une norme que l'on pourrait qualifier de quasi-positive. En résumé, pour apprécier la portée de la référence de plus en plus fréquente aux droits de l'homme, il n'est plus possible se contenter d'une simple analyse de la hiérarchie des normes. Par delà les articulations classiques, par delà même la conception initiale de Responsabilité Sociale des entreprises fondée sur une approche différente du pouvoir dans l'entreprise<sup>14</sup>, les droits de l'homme deviennent un critère d'appréciation pour les entreprises en matière d'investissements. Reste à examiner la dimension pratique de cette référence.

10 Résolution du Parlement européen du 26 avril 2007 sur le rapport annuel sur les Droits de l'homme dans le monde 2006 et la politique de l'UE à cet égard (2007/2020(INI)), Journal Officiel du 20 mars 2008 - Numéro C 74E - Page 753.

11 Avis du Comité économique et social européen sur la «Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions: Une politique industrielle intégrée à l'ère de la mondialisation. Mettre la compétitivité et la durabilité au centre» COM(2010) 614 final, Journal Officiel du 23 juillet 2011 - Numéro C 218 - Page 38.

12 ISO 26000 Responsabilité sociétale, AFNOR, 2011.

13 Comptabilisation effectuée par le site <http://www.business-humanrights.org/Documents/Policies>

14 Les rapports du MEDEF sur la responsabilité sociétale du chef d'entreprise en date d'avril et juin 2011 sont symptomatiques de l'approche initiale de la RSE : ils ne traitent à aucun moment la question du respect des droits de l'homme par l'entreprise. <http://publications.medef.com/pdf/de-la-responsabilite-societale-du-chef-d-entreprise.pdf>

## II. DES EFFETS PRATIQUES DE LA RÉFÉRENCE AUX DROITS DE L'HOMME DANS L'APPRÉCIATION DES COMPORTEMENTS DES ENTREPRISES

Le caractère surprenant de cette référence aux droits de l'homme pour apprécier les comportements des entreprises mis à part, il n'est en outre pas certain qu'elle soit d'une quelconque portée pratique.

Car, peut-on véritablement prendre au sérieux cet engouement pour la dimension universelle des droits de l'homme surtout quand il émane d'une instance comme le Conseil des droits de l'homme? Beaucoup ont en effet reproché à cette instance de privilégier une conception relativiste des droits de l'homme qui a peu à voir avec les principes universels affichés. Ainsi, pendant que John Ruggie travaillait, cette instance permettait à des pays aussi peu respectueux des droits de l'homme que la Syrie, la Lybie ou encore l'Iran de développer leurs conceptions très particulières sur le sujet<sup>15</sup>.

Sans compter que la conception de l'universel à laquelle renvoie la Déclaration de 1948 est loin d'être partagée par tous. D'une part, l'article premier du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui prolonge la Déclaration de 1948 stipule : *Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.* Au nom donc même des droits de l'homme, il est possible pour un Etat de privilégier son particularisme sur l'universel. D'autre part, la Déclaration universelle a vu depuis 1948 émerger des déclarations régionales comme la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales, la Charte arabe des droits de l'homme ou la Charte

africaine des droits de l'homme. Or, il n'est pas certain que ces textes développent, en dépit des apparences, une conception uniforme des droits de l'homme.

Nous avons ici un décalage textuel qui peut, en toute logique, biaiser la logique d'appréciation du respect des règles invoquées. Pourquoi en effet dans un tel contexte normatif vouloir imposer aux entreprises occidentales une contrainte que ne connaissent pas leurs rivales orientales? Autrement dit, sur une réalité indéniable, le poids croissant des multinationales dans l'économie, le rapport Ruggie impose une conception uniforme des règles que les Etats eux-mêmes sont « en droit » de déjouer. Compte tenu de l'interdépendance proclamée des trois piliers Etat, entreprises, droit des victimes, il est peut-être possible de se prévaloir des principes sans foncièrement les respecter<sup>16</sup>.

À cela s'ajoute la dimension protéiforme des droits de l'homme. Le respect des droits énoncés nécessite bien souvent une conciliation entre deux droits opposés disposant juridiquement de la même portée normative. Il est donc parfaitement possible d'envisager des situations où l'obligation pour les entreprises de se soumettre à davantage de réglementations pour respecter les droits des individus soit atténuée en raison du risque d'atteinte à un autre droit. Le droit communautaire en offre ici un exemple caricatural : la C.J.U.E. a jugé contraire au droit communautaire la législation d'un Land allemand qui impo-

<sup>15</sup> C.-B. Levenson, J.-C. Burher, *L'ONU contre les droits de l'homme*, Milles et Une Nuits, 2003.

<sup>16</sup> Le commentaire du point 16 des principes semble d'ailleurs valider cette interprétation : *Suivant les circonstances, il peut être nécessaire pour les entreprises d'envisager d'autres normes. Par exemple, les entreprises doivent respecter les droits de l'homme des individus appartenant à des groupes ou des populations spécifiques nécessitant une attention particulière, dans les cas où elles peuvent avoir des incidences négatives sur ces droits. À cet égard, les instruments des Nations Unies ont précisé les droits des peuples autochtones; des femmes; des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques; des enfants; des personnes handicapées; et des travailleurs migrants et de leur famille.*

sait au pouvoir adjudicateur de ne désigner comme adjudicataires de marchés publics de travaux que les entreprises qui, lors de la soumission, s'engagent par écrit à ne pas verser à leurs salariés un salaire inférieur à la rémunération prévue dans une convention collective en vigueur dans le Land<sup>17</sup>. Raison invoquée: le salaire minimal, fixé par la convention collective en cause, laquelle n'était pas d'application générale, excédait les obligations minimales fixées par la directive en la matière<sup>18</sup>. La solution rendue n'est somme toute pas très différente de celle qui pourrait advenir en cas de conflits à propos de l'obligation des Etats de respecter les normes de l'Organisation Mondiale du Commerce, normes dont on ne trouve nulle part mention dans les principes Ruggie.

Nous pourrions également nous interroger sur les droits des victimes dont l'amélioration des voies de droit constitue le troisième pilier des principes Ruggie. Si on s'en tient à la jurisprudence française, l'invocation des Pactes de 1966 pour faire valoir ses prétentions ne paraît pas donner de réelles satisfactions aux individus. Nous prendrons pour exemple la consécration sur ce fondement de la jurisprudence relative à la validité de la clause de non-concurrence dans un contrat de travail à condition que soit stipulée une contrepartie financière<sup>19</sup>. Peut-être faut-il s'inquiéter d'une telle solution pour la raison suivante: la restriction de la liberté est fondée si l'employeur paye. Mais si le raisonnement vaut pour la liberté de travailler et puisque les droits sont

indivisibles, il n'y a pas de raison de limiter cette faculté pour l'employeur à cette seule liberté. Pourquoi ne pas restreindre le droit de grève en contrepartie d'une somme d'argent supplémentaire pour le salarié? Dès lors, derrière la satisfaction de voir consacré le Pacte relatif aux droits civils et politiques, peut-être faut-il lire la règle suivante: les droits de l'homme sont négociables qu'ils trouvent leur source en droit interne ou en droit international<sup>20</sup>. Nous serions donc en présence d'une régression et non d'un progrès social. Les droits de l'homme pourraient effectivement devenir un critère d'appréciation des contrats d'investissement sans pour autant changer la logique de rentabilité d'ensemble: tout dépendrait in fine du prix à payer.

Phénomène d'une grande nouveauté, les textes relatifs aux droits de l'homme deviennent progressivement des sources du droit des investissements internationaux. Ce phénomène normatif n'est pas réductible à une simple approche de hiérarchie des normes et s'inscrit dans une double dynamique: le caractère performatif des droits de l'homme; les ramifications des principes relatifs à la Responsabilité Sociale des Entreprises. Dans ce cadre renouvelé dont les principes John Ruggie sont l'illustration la plus forte, il n'est cependant pas certain que s'impose la référence au caractère universel des droits de l'homme ni que l'invocation de ceux-ci engendre par nature un avantage matériel pour les salariés. Une certitude s'impose toutefois: la référence aux droits de l'homme oblige à renouveler notre façon d'appréhender les relations sociales avec pour risque de n'être que le voile cosmétique de la logique économique. ■

17 Rappr. Point 8 : *Les États devraient veiller à ce que les ministères, les organismes d'État et autres institutions publiques qui influent sur le comportement des entreprises connaissent les obligations de l'État en matière de droits de l'homme et les observent lorsqu'ils remplissent leurs mandats respectifs, notamment en fournissant à ces entités les informations, la formation et le soutien voulus.*

18 CJCE, 3 avr. 2008, aff. C-346/06, Rüffert.

19 Cass., soc., 16 décembre 2008, Eichenlaub c./Axia France, n° 05-40876.

20 Sur ce thème nous renverrons à L. Hennebel, G. Lewkowicz, «La contractualisation des droits de l'homme : de la pratique à la théorie du pluralisme juridique et politique» in, *Repenser le contrat*, Paris Dalloz, 2009, p.221-246.

ALAIN SAUTY DE CHALON

## Les conditions assortissant les autorisations d'investissements étrangers en France



Avocat à la Cour  
Baker & McKenzie SCP

Les investissements réalisés en France dans certaines activités par des investisseurs étrangers sont soumis à autorisation préalable du Ministre de l'Economie<sup>1</sup>. Les activités concernées sont celles de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale, les activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives ou, plus généralement, celles qui participent à l'exercice de l'autorité publique. Depuis un décret du 30 décembre 2005, les autorisations accordées par le Ministre de l'Economie dans ce cadre peuvent être assorties de conditions<sup>2</sup>.

Ces conditions portent principalement sur (i) la préservation par l'investisseur de la pérennité des activités, des capacités industrielles, des capacités de recherche et développement ou des savoir-faire associés de l'entreprise cible, (ii) la sécurité d'approvisionnement de

l'Etat ou de ses sous-traitants ou (iii) l'exécution de ses obligations contractuelles par l'entreprise cible<sup>3</sup>. Ainsi décrites de façon large et non exhaustive, ces conditions laissent une large marge d'appréciation au Ministre de l'Economie. La liberté de ce dernier est toutefois encadrée par le principe de proportionnalité<sup>4</sup> qui implique que les conditions imposées doivent être justifiées au regard de la gravité des risques d'atteinte à l'intérêt national découlant de l'opération envisagée.

Après environ six ans d'application de ces dispositions, il est intéressant de faire un point sur les conditions imposées par l'Etat aux investisseurs étrangers sollicitant une demande d'autorisation. A cet égard, nous pouvons observer<sup>5</sup>, que la nature, l'étendue et la durée des conditions imposées peuvent varier de façon significative en fonction de la sensibilité de l'activité de l'entreprise cédée, notamment s'il s'agit d'une activité militaire, nucléaire ou spatiale ou d'une entreprise disposant d'habilitations secret défense.

1 Article L 151-3 I du Code Monétaire et Financier

2 L'article L. 151-3 II du Code Monétaire et Financier dispose que « L'autorisation donnée peut être assortie le cas échéant de conditions visant à assurer que l'investissement projeté ne portera pas atteinte aux intérêts nationaux visés au I » et l'article R. 153-9 alinéa 1 du Code Monétaire et Financier, issu du décret n°2005-1739 du 30 décembre 2005 dispose que « Le ministre chargé de l'économie examine si la préservation des intérêts nationaux tels que définis par l'article L 151-3 peut être obtenue en assortissant l'autorisation d'une ou plusieurs conditions »

3 Article R. 153-9 alinéa 2 du Code Monétaire et Financier

4 L'article R 153-9 dernier alinéa du Code Monétaire et Financier dispose que « Les conditions prévues au présent article sont fixées dans le respect du principe de proportionnalité »

5 Le présent article reflète l'expérience de praticiens et ne peut être considéré comme reflétant de façon générale les pratiques de l'administration

Les conditions imposées par l'Etat visent tout d'abord à assurer l'exécution des engagements contractuels pris par la société objet de la cession (1), la pérennité de ses activités en France (2) ou la sécurité des approvisionnements de l'Etat (3). En outre, lorsqu'il juge ces conditions insuffisantes, l'Etat peut souhaiter mettre en place des moyens lui permettant d'exercer un contrôle direct sur les activités jugées sensibles (4), voire conditionner son autorisation à la sortie préalable de ces activités du périmètre cédé (5). La variété des conditions fixées par l'Etat reflète une volonté d'assurer la proportionnalité entre les restrictions apportées à la liberté pour les investisseurs étrangers d'investir en France et la protection des intérêts nationaux de l'Etat français (6).

### **1. L'EXÉCUTION DES ENGAGEMENTS CONTRACTUELS**

Conformément aux conditions posées par les textes, la bonne exécution de ses obligations contractuelles par l'entreprise cible est une des premières préoccupations de l'Etat. A cet égard, l'Etat demande en général à l'investisseur de s'engager à faire en sorte que la société acquise respecte les termes et conditions des contrats conclus avec l'Etat français, ses fournisseurs et leurs sous-traitants ainsi que, le cas échéant, les clients export agréés par l'Etat. Les engagements de ce type, qui constituent une garantie de bonne exécution des contrats en cours, ne soulèvent en général pas de difficulté dans la mesure où l'investisseur souhaite maintenir et développer les contrats existants.

De la même manière, lorsque l'entreprise cible est soumise à des obligations de confidentialité, notamment au titre d'habilitations secret-défense, l'Etat peut demander à l'investisseur de s'engager sur le respect de ces obligations, voire, dans certains cas jugés stratégiques, organiser un cloisonnement des informa-

tions relatives aux activités sensibles vis-à-vis des nouveaux actionnaires. Les informations confidentielles sont alors définies. Bien entendu, elles ne couvrent pas les informations comptables et juridiques nécessaires à l'investisseur en sa qualité d'actionnaire.

### **2. LA PÉRENNITÉ DES ACTIVITÉS**

La pérennité des activités de l'entreprise cible est également une préoccupation de l'Etat, notamment dans une optique de sécurité d'approvisionnement. L'Etat souhaite en général s'assurer du maintien sur le territoire français du siège de la société acquise et de ses activités qu'il juge les plus sensibles.

Les engagements imposés aux investisseurs sur ce point peuvent prendre des formes variables notamment quant aux activités couvertes, à la nature ou à la durée des engagements demandés par l'Etat. Ainsi, en fonction de la sensibilité de l'activité concernée, la durée de l'engagement de conservation des activités sur le territoire français peut varier jusqu'à s'imposer tant que l'Etat reste client de la société rachetée.

En outre, au-delà de la période d'interdiction de transfert de l'activité, l'Etat peut souhaiter obtenir un droit de regard sur tout projet d'arrêt ou de transfert des activités hors de France, qui peut aller jusqu'à un droit d'agrément préalable de tout transfert. Les procédures mises en place encadrent alors la liberté de l'entreprise dans des conditions plus ou moins précises.

Sur ce point, les intérêts de l'investisseur qui peut souhaiter conserver le maximum de liberté dans l'organisation de ses activités (notamment, le cas échéant, en transférant tout ou partie des activités rachetées à l'étranger) et ceux de l'Etat français peuvent être en conflit.

### 3. LA SÉCURITÉ D'APPROVISIONNEMENT

La sécurité de l'approvisionnement est un objectif essentiel de la loi. Cet objectif se traduit notamment par des engagements de l'investisseur de continuer à fournir à l'Etat français, ses fournisseurs ou leurs sous-traitants, des produits, intégrant les progrès de la technologie, à certaines conditions techniques et commerciales.

Bien entendu, les investisseurs, s'ils ne sont en général pas opposés à ces engagements, souhaitent que les conditions économiques ne soient pas figées et tiennent notamment compte du coût des évolutions technologiques. Ils ne veulent ainsi pas être liés par les conditions économiques existantes mais uniquement par les conditions de marché.

### 4. LE CONTRÔLE DES ACTIVITÉS STRATÉGIQUES

Au-delà des conditions classiques visées ci-dessus, afin d'assurer une meilleure préservation de sa sécurité d'approvisionnement, l'Etat français peut souhaiter conditionner la réalisation d'une cession à la mise en place d'un contrôle plus étroit sur certaines activités jugées stratégiques.

Ce contrôle renforcé de l'Etat sur les activités cibles peut passer par des engagements variés. Le contrôle de l'Etat a ainsi parfois pu prendre la forme de la mise en place d'une structure de direction opérationnelle spécifique, dont les dirigeants étaient nommés par l'Etat et dont les conditions de fonctionnement étaient organisées dans une convention de gestion définissant les conditions du contrôle par l'Etat de ces activités. Les membres de la direction assurant le contrôle

des activités sensibles ont également pu être soumis à agrément préalable par l'Etat ou à des conditions de nationalité (par exemple que les mandataires sociaux du groupe cible soient des ressortissants de l'Union Européenne).

Par ailleurs, l'instruction de la procédure d'autorisation d'investissement étranger peut également être l'occasion pour l'Etat, lorsque la société cible est partie à des marchés relatifs à des matériels de guerre, de nommer un commissaire du gouvernement au sein de l'entreprise cible dont le rôle est d'assurer à l'Etat un droit de regard direct sur les activités concernées<sup>6</sup>.

Ces mesures peuvent évidemment être très lourdes pour l'investisseur et, en organisant des modalités de gestion spécifiques pour les activités les plus sensibles, rendre la gestion de la cible complexe, voire conduire un investisseur étranger à renoncer à son investissement.

Bien que peu de pays européens disposent de mécanismes de contrôle aussi élaborés que la France, les pouvoirs des autorités françaises de soumettre les activités sensibles à un contrôle étroit ne sont pas uniques. Ils peuvent par exemple se rapprocher des pouvoirs conférés aux autorités américaines. Aux Etats-Unis, en effet, l'autorité en charge du contrôle des investissements étrangers, le Committee on Foreign Investment in the United States (« CFIUS »), dispose de pouvoirs similaires au Ministre de l'Economie en France et notamment de la capacité d'imposer des conditions préalables à la réalisation d'un investissement étranger.

<sup>6</sup> Article L 2333-3 du Code de la Défense

Ainsi, le CFIUS peut imposer à l'investisseur étranger différents niveaux de contrôle de la société acquise. Le contrôle peut aller jusqu'à la mise en place d'un « proxy agreement » ou « voting trust agreement » qui permet aux autorités américaines de nommer une majorité d'administrateurs indépendants au sein de la société cible et d'assurer ainsi la gestion des entités concernées indépendamment de l'investisseur. Ces accords sont en général complétés par des mesures limitant l'accès de l'investisseur aux informations concernant les sociétés placées sous « proxy », mais aussi aux sites de ces entités et aux informations relatives aux activités sous « proxy ».

##### 5. LA CESSION PRÉALABLE DES ACTIVITÉS SENSIBLES

Les textes réservent au Ministre de l'Economie la possibilité de subordonner l'octroi de l'autorisation à la cession des activités jugées sensibles à une entreprise indépendante de l'investisseur étranger<sup>7</sup>, c'est-à-dire une entreprise française contrôlée par des investisseurs français qui ne serait pas soumise à autorisation préalable.

Cette possibilité est réservée aux cas où l'activité au titre de laquelle l'autorisation est requise n'est exercée par la cible qu'à titre accessoire. Pour l'investisseur, elle peut être envisagée lorsque l'activité en question n'est pas stratégique et peut, de façon relativement simple, soit être conservée par le cédant, soit être cédée séparément à un investisseur français.

<sup>7</sup> Article R 153-9 troisième alinéa du Code Monétaire et Financier

##### 6. LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ

L'un des grands enjeux de la fixation des conditions auxquelles est soumise une autorisation d'investissement étranger en France tient pour l'Etat français aux modalités d'application du principe de proportionnalité fixé par les textes. Ce principe, fixé par le Code Monétaire et Financier, ne fait l'objet d'aucune précision<sup>8</sup>. Il renvoie de fait à la jurisprudence dégagée par les juridictions administratives, qui utilisent ce principe comme moyen de contrôle des actes administratifs relevant du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Il implique que le juge effectue un rapport entre les effets positifs et négatifs de l'action de l'administration pour décider si celle-ci a outrepassé ses prérogatives ou non.

En l'espèce, le rapport de proportionnalité doit être observé d'une part entre la préservation des intérêts nationaux de l'Etat, en particulier au regard de sa politique de défense et, d'autre part, l'atteinte à la libre circulation des capitaux telle qu'elle est prévue dans les traités internationaux liant la France, notamment au sein de l'Union Européenne.

Cela implique notamment que les conditions imposées par l'Etat soient mesurées et adaptées aux risques liés à l'opération envisagée. Comme nous l'avons constaté ci-dessus, l'expérience révèle que les conditions qui peuvent être imposées aux investisseurs sont relativement variées en fonction de l'entreprise qui

<sup>8</sup> Cf note n°4

fait l'objet de la transaction. Cette simple constatation de la variété des conditions permet de laisser penser que l'Etat adapte effectivement ses conditions à la sensibilité des intérêts à protéger.

En outre, si les conditions sont arrêtées par l'Etat de façon unilatérale, elles font néanmoins l'objet de discussions préalables avec les investisseurs. Elles sont en effet formalisées dans des « lettres d'engagement » qui sont proposées par les autorités et qui font l'objet d'échanges entre d'une part les différentes administrations compétentes (notamment la DGA) et d'autre part l'investisseur et ses conseils avant d'être signées, en général par la société mère de l'investisseur. Au travers de ces échanges, les autorités sont mieux à même de prendre connaissance des positions de l'investisseur sur les différentes conditions envisagées.

Par ailleurs, il semble que l'Etat ait souhaité progressivement introduire une certaine standardisation dans les engagements demandés aux investisseurs. Cette standardisation est bien entendu bienvenue dans la mesure où elle permet une meilleure prévisibilité des engagements qui peuvent être demandés à un investisseur dans des circonstances similaires. En revanche, cette standardisation ne doit pas s'exercer au détriment du principe de proportionnalité et ne doit pas conduire l'Etat à imposer systématiquement, y compris dans des dossiers peu sensibles, un ensemble de conditions standard qui ne se justifient pas au regard des intérêts à protéger.

En conclusion, l'introduction dans la réglementation de la possibilité de soumettre les autorisations d'investissement étranger à des conditions a permis à l'Etat de montrer une certaine souplesse dans l'octroi des autorisations, tout en assurant une meilleure protection des intérêts nationaux. Le droit européen pourrait toutefois, à moyen terme, remettre en cause la pérennité de ce dispositif. La Commission avait en effet initié une procédure en manquement à l'encontre de la France en invoquant le caractère discriminatoire de certaines dispositions du décret du 30 décembre 2005 envers les ressortissants communautaires<sup>9</sup>. Bien qu'elle ait décidé de ne pas poursuivre la procédure après avoir examiné les réponses de la France, cela n'exclut pas que la réglementation française puisse faire l'objet de contestations dans le futur. Par ailleurs, si un dispositif de contrôle des investissements étrangers était mis en place au niveau européen comme certains le souhaitent<sup>10</sup>, ce dispositif pourrait venir se substituer aux réglementations nationales. Il semble toutefois qu'un tel contrôle au niveau communautaire ne devrait pas remettre en cause la procédure d'autorisation préalable existant en France dans la mesure où cette dernière est étroitement liée à la sécurité nationale, qui est de la compétence de chacun des Etats membres de l'Union. ■

9 Avis motivé du 12 octobre 2006

10 Voir la proposition faite en février 2011 par Messieurs Michel Barnier, Commissaire Européen au marché intérieur et aux services et Antonio Tajani, Vice-Président de la Commission Européenne et Commissaire Européen à l'industrie et aux entreprises – [www.europeanvoice.com/article/imported/call-to-investigate-foreign-investment-in-eu-market/70364.aspx](http://www.europeanvoice.com/article/imported/call-to-investigate-foreign-investment-in-eu-market/70364.aspx)

LAURENT GOUIFFÈS

## Quelle flexibilité pour le contrôle des sentences CIRDI?



Avocat associé,  
département Arbitrage International,  
Hogan Lovells Paris

*Le présent article exprime la seule opinion  
de son auteur et n'engage en rien Hogan Lovells.*

Créé par la Convention de Washington du 18 mars 1965, le Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI) vise à favoriser le développement économique en encourageant les investissements étrangers par le biais d'un mécanisme de résolution des litiges entre Etats d'accueil et investisseurs étrangers, détaché de toute intervention étatique.

Les sentences rendues dans le cadre d'une procédure arbitrale sous l'égide du CIRDI sont ainsi dispensées d'une procédure d'exequatur devant les juridictions nationales : elles sont directement exécutoires. Elles ne peuvent pas non plus faire l'objet d'un recours en annulation ou d'une procédure d'appel devant les tribunaux étatiques. Seul un recours en annulation interne au système CIRDI devant un comité *ad hoc* spécialement constitué est possible.

Ce mécanisme d'annulation, dont l'usage s'est intensifié au cours des dernières années, fait aujourd'hui l'objet de vives controverses en raison, notamment, du manque d'homogénéité dont ont fait preuve les comités *ad hoc* lors de sa mise en œuvre. Des déci-

sions récentes, telles que celles rendues dans le cadre des affaires *Sempra c. Argentine* et *Enron c. Argentine*, semblent en effet préconiser un contrôle étendu des sentences CIRDI et marquent ainsi un changement d'approche par rapport aux décisions précédentes, considérées plus équilibrées. Ces divergences suscitent de nombreuses interrogations, d'autant que les propositions de réforme en la matière ne convergent pas nécessairement.

Dans ce contexte, se posent donc deux questions : comment des pratiques de contrôle si différentes ont-elles pu émerger ? Quels peuvent être leurs effets sur l'équilibre du système CIRDI ?

Bien qu'il existe un consensus autour des caractéristiques de ce mécanisme d'annulation (1), les comités *ad hoc* chargés de contrôler les sentences CIRDI disposent en pratique d'une certaine flexibilité, résultant de plusieurs variables qui leur permettent de moduler l'étendue de leur contrôle en fonction de différents objectifs (2), ce qui n'est pas sans conséquence pour l'arbitrage CIRDI en général (3).

## I. UN MÉCANISME SPÉCIFIQUE À L'ORIGINE DE PRATIQUES DIVERGENTES

Le caractère exceptionnel du mécanisme d'annulation du système CIRDI, qui le distingue des procédures ordinaires d'appel, est largement reconnu (1.1). Une approche empirique révèle toutefois que sa mise en œuvre engendre en pratique un contrôle hétérogène des sentences (1.2).

### I.1. Un mécanisme distinct des procédures ordinaires d'appel

L'article 53 de la Convention de Washington dispose qu'une sentence CIRDI ne peut faire l'objet d'une procédure d'appel ou de tout autre recours à l'exception de ceux prévus par la Convention elle-même. L'article 52 constitue l'une de ces exceptions : il prévoit la possibilité d'un recours en annulation interne au système CIRDI devant un comité *ad hoc* composé de trois membres désignés par le président du conseil administratif du Centre.

Conçu comme une exception, le mécanisme d'annulation des sentences CIRDI, possède, de ce fait, des caractéristiques spécifiques qui le distinguent des procédures ordinaires d'appel<sup>1</sup>. Tout d'abord, l'objet du recours en annulation du système CIRDI est plus restreint : il ne peut conduire qu'à l'annulation d'une partie ou de l'intégralité de la sentence. Le comité ne peut en aucun cas réformer la sentence ou lui substituer une décision. Ensuite, le contrôle mis en place par le mécanisme d'annulation des sentences CIRDI se limite aux cinq motifs d'annulation prévus à l'article 52 (1) de la Convention, à savoir, le vice dans

la constitution du tribunal arbitral, l'excès de pouvoir manifeste du tribunal arbitral, la corruption d'un membre du tribunal, l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure et le défaut de motifs.

L'ensemble de ces spécificités est largement reconnu par la doctrine et constamment souligné par les décisions de nombreux comités, telles que celles rendues dans les affaires *MINE c. Guinée*<sup>2</sup> et *Sempra c. Argentine*<sup>3</sup>. Ce consensus pourrait laisser croire qu'une pratique homogène et constante entoure ce mécanisme.

L'expérience empirique démontre cependant le contraire : les différents comités *ad hoc* n'appliquent pas le même degré de contrôle dans leurs décisions d'annulation.

Il en découle des pratiques diverses au sein d'un même mécanisme d'annulation et une absence de clarté et de prévisibilité pour les parties à un arbitrage CIRDI.

### I.2. Un mécanisme à l'origine d'un contrôle hétérogène

Les divergences dans le contrôle mis en place par les comités *ad hoc* sont particulièrement notoires en ce qui concerne les deux motifs d'annulation les plus invoqués devant les comités : le défaut de motifs (a) et l'excès de pouvoir manifeste du tribunal arbitral (b).

<sup>2</sup> Dans cette affaire, le comité ad hoc précise en effet que « la formulation de l'article 52 (1) indique clairement que l'annulation est un recours limité. Ceci est confirmé par l'interdiction de réviser les sentences au fond contenue dans l'article 53. L'annulation n'est pas un recours contre une décision incorrecte. Par conséquent, un comité ad hoc n'est pas autorisé à renverser une sentence sur le fond sous prétexte d'appliquer l'article 52. » *MINE c. Guinée*, Décision sur le recours en annulation, 22 décembre 1989, para. 4.04.

<sup>3</sup> Dans cette autre affaire, le comité ad hoc a également retenu que : « l'annulation se distingue de l'appel. Un comité ad hoc ne peut pas substituer son propre jugement sur le fond à la décision du Tribunal. » *Sempra Energy International c. Argentine*, Décision sur le recours en annulation, 29 juin 2010, para. 73.

<sup>1</sup> Voir, par exemple, Schreuer, Christophe, *The ICSID Convention: a commentary*, 2e. ed., Cambridge, 2009, p. 901; Reed Lucy, Paulsson Jan et Blackaby Nigel, *Guide to ICSID arbitration*, Kluwer Law International, 2010, p. 162.

### a. Divergences de contrôle en matière de «défaut de motifs»

L'hétérogénéité du contrôle mis en place par les comités *ad hoc* est particulièrement flagrante au regard de l'application de l'article 52 (1) (e) de la Convention de Washington. Certains comités *ad hoc* se contentent en effet d'un contrôle strict de l'existence de motifs alors que d'autres s'assurent de la pertinence ou du bien-fondé de ces motifs.

Les toutes premières décisions d'annulation rendues dans le cadre d'une procédure arbitrale sous l'égide du CIRDI ont ainsi retenu le défaut de motifs «suffisamment pertinents» pour annuler partiellement ou totalement les sentences rendues dans les affaires *Klöckner* et *Amco*<sup>4</sup>. La doctrine a néanmoins majoritairement jugé ce contrôle trop étendu et brouillant la distinction entre mécanisme d'annulation CIRDI et procédures ordinaires d'appel<sup>5</sup>.

Les décisions suivantes ont donc instauré un contrôle plus limité, refusant de se prononcer sur la pertinence du raisonnement du tribunal arbitral.<sup>6</sup> Une approche encore plus res-

trictive paraît même avoir été adoptée dans l'affaire *Vivendi c. Argentine*, où le comité *ad hoc* a estimé qu'une annulation pour défaut de motifs ne se justifiait qu'en présence d'une omission substantielle du tribunal arbitral ou de motifs réellement contradictoires<sup>7</sup>.

Les dernières décisions en date semblent cependant être revenues à l'approche initiale : dans les affaires *Sempra c. Argentine* et *Patrick Mitchell c. République Démocratique du Congo*, les comités *ad hoc* ont en effet respectivement jugé qu'une sentence pouvait être annulée pour «*motifs insuffisants*» et «*inadéquats*»<sup>8</sup> ou encore en cas de raisonnement «*inadéquat*»<sup>9</sup>.

Cette hétérogénéité du contrôle mis en place par les comités *ad hoc* se retrouve également en ce qui concerne l'application de l'article 52 (1) (b) de la Convention de Washington.

### b. Divergences de contrôle en matière d'«excès de pouvoir manifeste»

Les comités retiennent l'excès de pouvoir manifeste pour sanctionner aussi bien le défaut de compétence, que le fait pour un tribunal arbitral de se déclarer à tort incompétent ou encore le non respect de la loi choisie par les parties. Le degré de contrôle de ces différentes causes d'annulation par les comités *ad hoc* est, là encore, distinct.

De nombreux comités ont ainsi considéré, pour apprécier l'existence d'un vice de compétence d'un tribunal arbitral, que le terme «manifeste» contenu à l'article 52 (1) (b)

4 Klöckner c. Cameroun, Décision sur le recours en annulation, 3 mai 1985, para. 120; Amco c. Indonésie, Décision sur le recours en annulation, 16 mai 1986, para. 43.

5 Cf. par exemple Berranger Thibaut de. «L'Article 52 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 et les premiers enseignements de sa pratique» in *Revue de l'Arbitrage*, 1988, Volume 1988, Issue 1, p. 111; Schreuer, Christophe, *The ICSID Convention: a commentary*, 2e éd., Cambridge, 2009, p. 903.

6 Dans l'affaire CDC c. Seychelles le comité ad hoc a défini le défaut de motifs de la manière suivante: «l'article 52 (1) (e) exige que le tribunal arbitral ait mentionné les motifs et qu'il agisse de motifs cohérents, c'est à dire qu'ils ne soient ni contradictoires, ni insignifiants, mais ne laisse pas l'opportunité de juger de la justesse de l'analyse ou de la pertinence de son raisonnement» CDC c. Seychelles, Décision sur le recours en annulation, 29 juin 2005, para. 70. De manière similaire, dans l'affaire MINE c. Guinée le comité ad hoc a soutenu que «l'exigence de mentionner les motifs se justifie dans la mesure où la sentence permet de suivre la manière dont le tribunal est passé du point A au point B et, éventuellement à sa conclusion, même en cas d'erreur de fait ou de droit. Cette exigence n'est pas remplie en cas de motifs contradictoires ou insignifiants» MINE c. Guinée, Déci-

sion sur le recours en annulation, 22 décembre 1989, para. 5.09.

7 *Compañía de Aguas del Aconquija, SA y Vivendi Universal c. Argentine*, Décision sur le recours en annulation, 3 juillet 2002, para 65.

8 *Sempra Energy International c. Argentine*, Décision sur le recours en annulation, 29 juin 2010, para. 167.

9 *Patrick Mitchell c. République Démocratique du Congo*, Décision sur le recours en annulation, 1er novembre 2006, para. 21.

limitait leur pouvoir de contrôle aux seules erreurs de compétence flagrantes. Dans l'affaire *Repsol c. Petroecuador*, le comité a, par exemple, estimé qu'un excès de pouvoir était «manifeste» lorsqu'il «apparaissait de lui-même», c'est-à-dire lorsqu'il émanait de la seule lecture de la sentence.<sup>10</sup> Le comité *ad hoc* de l'affaire *Vivendi c. Argentine* a, en revanche, considéré que le terme «manifeste» se rapportait à la gravité de l'erreur de compétence du tribunal plutôt qu'à son caractère flagrant<sup>11</sup>.

Par ailleurs, pour apprécier l'existence d'une violation par le tribunal arbitral du choix de loi effectué par les parties, plusieurs comités ont estimé, afin d'éviter toute révision au fond des sentences, que leur contrôle devait se limiter à vérifier que les arbitres avaient appliqué le droit choisi par les parties et non le bien-fondé de cette application<sup>12</sup>. Toutefois, il a été reproché à certaines décisions<sup>13</sup>, ayant insisté sur cette distinction, d'avoir procédé à un contrôle du bien-fondé de la sentence en portant une appréciation dans les faits de l'application faite par les arbitres du droit applicable.<sup>14</sup> D'autres décisions ont, en outre, affirmé que certaines erreurs de droit parti-

culièrement graves pouvaient être prises en compte dès lors qu'elles pouvaient être assimilées à une non-application du droit choisi par les parties<sup>15</sup>. Dans une logique similaire, les comités *ad hoc* des affaires *Sempra c. Argentine* et *Enron c. Argentine*, ont récemment soulevé, entre autres, l'application erronée par le tribunal arbitral d'un moyen de défense soulevé par l'Argentine (l'état de nécessité) pour annuler la sentence<sup>16</sup>.

De manière générale, on note également des divergences quant aux éléments pouvant être pris en compte par les comités *ad hoc* dans leur appréciation des motifs de l'annulation : la décision d'annulation rendue dans l'affaire *RSM Production Corporation c. Grenade* s'oppose ainsi à celle rendue dans l'affaire *Sempra c. Argentine* sur ce sujet ; la première ayant estimé que le comité *ad hoc* ne peut prendre en compte de nouveaux éléments de faits et de droit et la seconde ayant jugé qu'une exception peut être faite à cette règle si ces éléments sont pertinents.<sup>17</sup>

10 *Repsol c. Petroecuador*, Décision sur le recours en annulation, 8 janvier 2007, para. 36.

11 *Compañía de Aguas del Aconquija, SA y Vivendi Universal c. Argentine*, Décision sur le recours en annulation, 3 juillet 2002, para. 86.

12 *MINE c. Guinée*, Décision sur le recours en annulation, 22 décembre 1989, para. 5.04: « le non respect du droit applicable doit être distingué de l'application erronée de ces règles qui, même si manifestement non garanties, ne fournit aucun motif d'annulation. »

13 *Klöckner c. Cameroun*, Décision sur le recours en annulation, 3 mai 1985 ; *Amco c. Indonésie*, Décision sur le recours en annulation, 16 mai 1986.

14 Cf. par exemple Berranger Thibaut de. « L'Article 52 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 et les premiers enseignements de sa pratique » in *Revue de l'Arbitrage*. 1988, p. 112; Schreuer, Christophe, *The ICSID Convention: a commentary*, 2e ed., Cambridge, 2009, p. 960.

15 *Soufraki c. Emirats Arabes Unis*, Décision sur le recours en annulation, 5 juin 2007, para 86.

16 *Sempra Energy International c. Argentine*, Décision sur le recours en annulation, 29 juin 2010, para. 214; *Enron c. Argentine*, Décision sur le recours en annulation, 30 juillet 2010, para. 395.

17 Dans l'affaire *RSM Production Corporation c. Grenade*, le comité a considéré que « le caractère exhaustif de la liste énumérée à l'article 52 (1) signifie qu'une partie ne peut pas présenter de nouveaux arguments de faits ou de droit qu'elle n'aurait pas soulevé dans la procédure arbitrale initiale [...] une partie ne peut pas non plus présenter de nouvelles preuves [...] » *RSM Production Corporation c. Grenade*, Décision sur le recours en annulation, 7 décembre 2009, para. 21. En revanche dans l'affaire *Sempra c. Argentine*, le comité a estimé que « de nouveaux arguments ou éléments de preuve sur le fond seront par conséquent non pertinents pour la procédure d'annulation et donc inadmissibles. Il ne peut cependant être exclu que des preuves, et en particulier des éléments de preuve rapportés par des experts, soient exceptionnellement acceptées dans la procédure d'annulation dans la mesure où elles sont particulièrement pertinentes pour les motifs d'annulation listés à l'Article 52(1) de la Convention (et invoquées par une partie) » *Sempra Energy International c. Argentine*, Décision sur le recours en annulation, 29 juin 2010, para. 74.

Cette hétérogénéité dans la mise en œuvre du mécanisme d'annulation du système CIRDI a conduit la doctrine à classer les différentes décisions d'annulation des comités *ad hoc* en trois générations distinctes<sup>18</sup>. Selon le Professeur Schreuer, la première d'entre elles inclut ainsi les toutes premières décisions d'annulation rendues dans les affaires *Klöckner* et *Amco* qui avaient été critiquées pour avoir procédé à des révisions au fond des sentences. La seconde génération comprend les décisions ayant adopté une approche moins interventionniste, telles que celles rendues dans les affaires *Mine c. Guinée*, *Klöckner II* et *Amco II*. Enfin, la troisième génération regroupe les décisions rendues dans les affaires *Wena Hotels c. Egypte* et *Vivendi c. Argentine* qui seraient, selon le Professeur Schreuer, plus conformes à l'esprit de la Convention. D'aucuns s'interrogent actuellement sur l'émergence d'une quatrième génération autour des décisions d'annulation rendues dans les affaires *Sempra c. Argentine* et *Enron c. Argentine*. Cette dernière génération marquerait un retour des comités *ad hoc* à l'approche initialement suivie dans les premières décisions d'annulation du fait du contrôle «maximum» qu'elles ont opéré.

Dans tous les cas, force est de constater que, bien qu'il existe un consensus au sujet des caractéristiques du mécanisme d'annulation des sentences CIRDI qui devait en principe consister en un contrôle «a minima», les comités *ad hoc* chargés de contrôler les sentences CIRDI disposent en pratique d'une importante flexibilité : comment expliquer un tel phénomène ?

<sup>18</sup> Schreuer, Christophe "Three Generations of ICSID Annulment Proceedings" in IAI International Arbitration Series no. 1, Annulment of ICSID Awards, New York, E. Gaillard et Y. Banifatemi, 2004, pp. 17-18.

## II. DES DIVERGENCES LIÉES À LA MARGE DE MANOEUVRE DES COMITÉS AD HOC

L'hétérogénéité constatée dans la mise en œuvre du mécanisme d'annulation du système CIRDI s'explique par la possibilité dont disposent les comités *ad hoc* pour adapter l'intensité de leur contrôle en fonction de l'objectif qu'ils poursuivent (2.2) au gré de plusieurs variables d'ajustement (2.1).

### II.1. Les variables d'ajustement

Les comités *ad hoc* sont en mesure de moduler le degré de leur contrôle des sentences arbitrales en ajustant l'étendue de leurs pouvoirs de contrôle des différents motifs d'annulation (a) et leur interprétation de ces motifs (b).

#### a. L'étendue des pouvoirs de contrôle des comités *ad hoc*

Il est communément admis que les dispositions de la Convention de Washington n'impliquent pas un contrôle du bien fondé des sentences : celui-ci se limite aux motifs d'annulation mentionnés en son article 52 (1). L'étendue de ce contrôle des comités *ad hoc* n'est cependant pas fixe. Se pose donc la question de savoir quel degré de contrôle les comités peuvent mettre en place dans le cadre de ces motifs d'annulation. Peuvent-ils mener une analyse approfondie des éléments de fait et de droit ? Doivent-ils accepter les conclusions factuelles du tribunal arbitral ? Peuvent-ils réexaminer les preuves leur ayant été soumises ? Peuvent-ils admettre de nouvelles preuves ?

Dans le système CIRDI, le principe d'interdiction de révision au fond des sentences ne semble pas être, en soi, une limite au contrôle effectué par les comités *ad hoc* dans le cadre des motifs d'annulation prévus par l'article 52 (1) : les conclusions factuelles d'un tribu-

nal arbitral peuvent être l'objet d'un contrôle de la part des comités. Mais quel degré de contrôle peuvent-ils donc mettre en place ?

La pratique en la matière est hétérogène : certains comités *ad hoc* se livrent à un contrôle approfondi alors que d'autres exercent un contrôle superficiel. Cette hétérogénéité est particulièrement flagrante dans le cadre de l'appréciation par les comités du motif d'annulation fondé sur un « excès de pouvoir manifeste » du tribunal arbitral, le terme « manifeste » leur permettant de moduler leur contrôle en fonction du sens donné à cet adjectif.

Dans un souci de prévention des procédures dilatoires d'une part, et des conflits de légitimité entre tribunaux arbitraux et comités *ad hoc* d'autre part, il peut cependant être soutenu que ce contrôle devrait être limité aux seuls faits et éléments de preuve soulevés devant le tribunal arbitral et que seules les erreurs de fait manifestes<sup>19</sup> devraient être sanctionnées.

L'interprétation des termes de la Convention est également à l'origine de l'hétérogénéité du contrôle mis en place par les comités.

### **b. L'interprétation des motifs d'annulation par les comités *ad hoc***

Des arguments ont été soulevés aussi bien en faveur d'une interprétation extensive des motifs retenus à l'article 52 (1) de la Convention que d'une interprétation restrictive de ces motifs d'annulation.

Ainsi, il a été avancé que l'interprétation de ces motifs devrait être extensive car le recours en annulation est, dans le système CIRDI, le seul moyen d'écartier une sentence contestable, en

l'absence de contrôle au niveau de l'exequatur de la sentence. A l'inverse, il a également été soutenu que l'absence de consentement direct des parties à la constitution du comité *ad hoc* devrait limiter les pouvoirs de ce comité et ce, d'autant plus que tout recours en annulation nuirait à l'efficacité des sentences CIRDI.

Face à ces différents courants, les comités *ad hoc* estiment majoritairement que l'article 52 (1) ne doit pas faire l'objet d'une interprétation extensive ou restrictive mais que les motifs d'annulation doivent être interprétés conformément aux objectifs de la Convention. En pratique les différents comités *ad hoc* n'interprètent cependant pas tous les motifs d'annulation de la même façon.

Ces divergences d'interprétation sont particulièrement marquées pour les motifs d'annulation liés au « défaut de motifs » et à la « non application de la loi choisie par les parties ». Elles sont directement liées à la formulation de l'article 52 de la Convention : ces notions définies de manière imprécise sont utilisées par les comités *ad hoc* pour moduler l'intensité de leur contrôle. Un contrôle trop poussé risque cependant de conduire à une révision au fond de la sentence et à rapprocher le recours en annulation du système CIRDI de la procédure d'appel ordinaire. Certains auteurs considèrent ainsi que les comités *ad hoc* des affaires *Sempra c. Argentine* et *Klöckner c. Cameroun* ont contribué à brouiller la distinction entre ces différents mécanismes.

La ligne de partage entre le recours en annulation du système CIRDI et les procédures d'appel ordinaires peut en effet s'avérer particulièrement étroite. Concernant le défaut de motifs, de nombreux comités ont, par exemple, estimé qu'ils ne peuvent contrô-

<sup>19</sup> Mayer, Pierre, "To What Extent Can an Ad Hoc Committee Review the Factual findings of An Arbitral Tribunal?" in IAI International Arbitration Series no. 1, Annulment of ICSID Awards, New York, E. Gaillard et Y. Banifatemi, 2004, p. 249.

ler la justesse et la pertinence des motifs. Le contrôle doit, selon eux, se limiter à vérifier si le raisonnement du tribunal peut être suivi, ce qui n'est pas le cas en présence de motifs contradictoires ou insignifiants. Or, une telle analyse suppose d'étudier et de juger le raisonnement suivi par le tribunal alors que, pour de nombreux auteurs, le risque de confusion entre annulation CIRDI et appel ordinaire n'est écarté que dans la mesure où le contrôle demeure formel et qu'aucun jugement de valeur sur la qualité du raisonnement n'est émis.

La frontière entre recours en annulation CIRDI et procédures d'appel ordinaires est donc extrêmement ténue et peut, parfois, s'avérer difficile à discerner. La flexibilité dont disposent les comités *ad hoc* pour moduler l'intensité de leur contrôle est, de ce fait, accrue : celui-ci est plus ou moins poussé en fonction de la logique sous-tendant leur décision.

## II.2. Le conflit entre deux logiques : efficacité et justesse

L'étendue du contrôle mis en place par un comité *ad hoc* dépend en réalité de l'objectif qu'il poursuit. Si son but est d'assurer l'efficacité des sentences CIRDI dans une logique de règlement efficace et définitif des litiges, il optera pour un contrôle restreint. En revanche si le comité vise à assurer la justesse du système *via* la neutralisation des sentences dont la légitimité peut être remise en cause, l'étendue de son contrôle sera automatiquement plus vaste.

En matière d'arbitrage commercial international, la logique de l'efficacité doit l'empor-

ter sur celle de la justesse selon la doctrine et les législations nationales<sup>20</sup>, les parties optant pour l'arbitrage étant supposées avoir assumé les risques de leur choix<sup>21</sup>.

Cependant, dans le cadre du système CIRDI, d'autres considérations doivent être prises en considération. L'arbitrage en matière d'investissements met en effet en jeu des questions d'intérêt public de manière plus marquée<sup>22</sup>, mais surtout, l'annulation est le seul recours possible : le principe de justesse semblerait donc devoir prévaloir. Toutefois, il est aussi possible d'argumenter en faveur du principe d'efficacité, objectif initial des auteurs de la Convention, pour qui le recours en annulation devait demeurer exceptionnel et très limité<sup>23</sup>, ne s'appliquant qu'à des violations substantielles, comme le révèle l'usage des termes «manifeste», «grave» et «fondamentale»<sup>24</sup>. La primauté de ce principe se justifierait, en outre, par le fait que les membres du comité *ad hoc* ne sont pas hiérarchiquement supérieurs au tribunal arbitral.

20 Cf. par exemple Lalive, Pierre, "Absolute Finality of Arbitral Awards?" in *Revista internacional de arbitragem e conciliação*, 2008, p. 18; Redfern, Alan, Hunter, Martin, Blackaby, Nigel y Partasides, Constantine, *Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration*, Oxford University Press 2009, para 10.64; Schreuer, Christophe, *The ICSID Convention: a commentary*, 2e ed., Cambridge, 2009, p. 903.

21 Cf. par exemple Lalive, Pierre, "Absolute Finality of Arbitral Awards?" in *Revista internacional de arbitragem e conciliação*, 2008, p 6.

22 Cf. par exemple Lalive, Pierre, "Absolute Finality of Arbitral Awards?" in *Revista internacional de arbitragem e conciliação*, 2008, p. 19.

23 Cf. par exemple Craig, William Laurence, "Uses and Abuses of Appeal from Awards" in *Arbitration International*, Kluwer Law International, 1988, Volume 4, Issue 3, p. 209; Redfern, Alan, "ICSID - Losing its Appeal?" in *Arbitration International*, 1987, Volume 3, Issue 2, p.118.

24 Cf par exemple Redfern, Alan, "ICSID - Losing its Appeal?" in *Arbitration International*, 1987, Volume 3, Issue 2, p. 99.

La doctrine ne tranche cependant pas la question<sup>25</sup> et ce, bien qu'un contrôle trop étendu risque de transformer ce mécanisme d'annulation spécifique en procédure d'appel ordinaire, comme l'illustrent les décisions rendues récemment dans les affaires *Sempra c. Argentine* et *Enron c. Argentine*. Ces décisions se distinguent en effet de l'approche plus équilibrée qu'avaient suivie les décisions les précédant et révèlent combien l'issue d'un recours en annulation dans le système CIRDI est, à l'heure actuelle, imprévisible pour les parties. Quel est donc l'impact de cette flexibilité dans le contrôle des sentences sur l'équilibre du système d'arbitrage CIRDI en général ?

### III. L'IMPACT DES DIVERGENCES DE CONTRÔLE SUR LE SYSTÈME CIRDI

Ces décisions ont contribué à jeter le doute sur le fonctionnement du mécanisme d'annulation des sentences CIRDI et à faire émerger des propositions de réforme<sup>26</sup>. Il a ainsi été proposé de reformuler l'article 52 (1) et ses motifs d'annulation plus précisément ou encore de créer une entité permanente chargée d'élaborer un ensemble cohérent de décisions d'annulation. Ces différents projets impliquent cependant tous une modification du texte de la Convention, ce qui, à l'heure où certains Etats menacent de se retirer du système CIRDI et où d'autres s'en retirent effectivement, semble difficilement réalisable à court terme.

25 Schreuer, Christophe, *The ICSID Convention: a commentary*, 2e ed., Cambridge, 2009, pp. 903-904.

26 Cf. par exemple Clapham, Jason, "Finality of Investor - State Arbitral Awards: Has the Tide Turned and is there a Need for Reform?" in *Journal of International Arbitration*, Volume 26, Issue 3, p. 437-466.

Nombreux sont ceux qui s'interrogent sur les conséquences des récentes annulations dans les affaires *Sempra* et *Enron*. Leur impact potentiel sur le choix de l'arbitrage CIRDI n'est en effet pas négligeable : l'augmentation des recours en annulation et l'allongement des procédures qu'elles sont susceptibles d'engendrer pourraient nuire à son efficacité, conduisant Etats et investisseurs à délaisser ce système au profit de procédures hors CIRDI localisées dans des juridictions favorables à l'arbitrage.

Il ne faut cependant pas conclure trop hâtivement à la fragilisation du système CIRDI. En effet, si le nombre de recours en annulation a redoublé au cours de ces dernières années, c'est avant tout parce que le nombre de procédures arbitrales conduites sous l'égide du CIRDI a augmenté au fil des ans. En réalité, l'impact des décisions d'annulation *Sempra* et *Enron* est encore difficile à apprécier. Seules les décisions d'annulation futures permettront de savoir si le contrôle extensif visant à favoriser la justesse du système adopté par ces comités est entériné ou si, au contraire, la logique antérieure d'efficacité est réinstaurée. Une chose est, en revanche, certaine : le résultat d'un recours en annulation contre une sentence rendue dans une procédure CIRDI est à l'heure actuelle difficilement prévisible. Les parties à un arbitrage CIRDI se doivent donc de prendre en considération un tel aléa. ■

JOSEPH KAMGA

## L'apport du droit de l'OHADA à l'attractivité des investissements étrangers dans les États Parties<sup>1</sup>.



Doctorant à l'école de droit de la Sorbonne  
- Université Paris I  
Master 2 Professionnel en droit des contentieux  
Master 2 Recherche en droit économique

Face à la situation économique et sociale inquiétante<sup>2</sup> qui était celle de l'Afrique subsaharienne au crépuscule du 20<sup>ème</sup> siècle, les Chefs d'États africains, concrétisant leur volonté politique<sup>3</sup>, s'accordèrent pour répondre, par des outils juridiques et judiciaires, aux besoins de développement de leur territoire. Le droit leur était en effet apparu comme un instrument central<sup>4</sup> pouvant être utilement mis au service des stratégies de res-

tauration de la confiance des investisseurs déjà présents sur leur territoire et d'encouragement de leur attractivité économique. C'est cette idée qui a fondé et justifié l'entreprise même de l'OHADA<sup>5</sup>.

Cette Organisation est le fruit de la volonté des décideurs publics (Chefs d'États et de gouvernements) de l'Afrique subsaharienne et de l'océan indien<sup>6</sup> d'uniformiser leurs législations afin de trouver des solutions crédibles à l'atonie économique persistante qui frappait leur tissu social et générait un chômage de masse endémique. La vocation principale de l'OHADA est de redonner confiance aux investisseurs qui, pendant longtemps, ont tourné le dos à l'Afrique à cause l'insécurité juridique caractérisée par l'obsolescence, l'éparpillement et l'extrême hétérogénéité de ses législations de nature économique<sup>7</sup> et

1 Je remercie tous mes amis, adhérents de l'Association pour l'Efficacité du Droit et de la Justice dans l'espace de l'OHADA et Me Jimmy KODO, qui m'ont fait la gentillesse de relire cette contribution.

2 Au début des années 1990, les États d'Afrique subsaharienne ont été frappés par une grave crise économique qui a eu des conséquences sociales significatives sur les conditions de vie de leurs populations. Les mesures économiques adoptées sous la pression des bailleurs de fonds internationaux, pour restructurer l'économie, ont sacrifié le secteur du social. On se rappelle encore du fameux discours du Président Félix HOUPHOUET-BOIGNY dont on retient ceci : « 700 milliards de perte par an depuis quatre ans, nos caisses sont vides ». Les États de l'Afrique subsaharienne ont frôlé à cette période la banqueroute.

3 L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires est née de la volonté commune et assumée de certains chefs d'États de l'Afrique subsaharienne de créer un cadre juridique nouveau et adapté aux besoins du commerce international.

4 Pour plus de détails sur le rôle du droit dans le développement économique des territoires, voir les actes du colloque organisé par l'Institut du Droit d'Expression Francophone (IDEF), Congrès 2008 de Lomé : « Le rôle du droit dans le développement économique », <http://www.institut-idef.org/Le-role-du-droit-dans-la.html>

5 OHADA : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. Cette organisation fut créée par le Traité de Port-Louis le 17 octobre 1993, révisé à Québec au Canada le 17 octobre 2008.

6 La république fédérale des Comores est l'unique État Partie au Traité de l'OHADA qui se trouve dans l'océan indien.

7 Voir les propos recueillis par la mission dirigée par Kéba M'Baye, ancien Président de la Cour suprême du Sénégal, cité par Barthélémy Cousin, « Fiabilisation des systèmes judiciaires nationaux : un effet secondaire méconnu de l'OHADA », *Intervention lors de la Conférence Consultative Régionale en Afrique organisée par la conférence des bailleurs de fonds pour le développement*

l'insécurité judiciaire, conséquence de l'insuffisance de formation des professionnels du droit et d'une justice lente et corrompue. C'est en cela que l'OHADA est considérée comme un outil favorisant l'attractivité économique des États Parties. Mais que recouvre exactement ce concept d'attractivité économique ?

L'attractivité est la « *capacité d'une entreprise, d'une région ou d'une nation à conserver ou à améliorer sa position face à la concurrence des autres unités économiques comparables. La notion de compétitivité est, le plus souvent, vue sous l'angle de la nation et associée à la concurrence internationale. Elle est alors définie, de façon plus précise, comme son aptitude à produire des biens et des services qui satisfont au test de la concurrence sur les marchés internationaux et à augmenter de façon durable le niveau de vie de la population* »<sup>8</sup>. L'attractivité économique d'un territoire peut se définir alors comme étant sa capacité à attirer et retenir des investissements et à créer des emplois. Une autre définition simple de l'attractivité économique d'un pays est la capacité de ce pays à accompagner le monde des affaires dans son développement et sa croissance économique. S'interroger sur l'apport du droit de l'OHADA à l'attractivité économique ainsi définie, suppose d'abord de connaître les réactions qu'il peut susciter auprès des acteurs économiques déjà établis sur les territoires des États Parties et ceux qui seraient tentés de s'y établir. En effet, face à un système juridique, les investisseurs s'interrogent sur deux aspects importants : les garanties théoriques qu'offre le système juridique et la perception pratique du respect de ces garanties.

---

de l'entreprise du 5 au 7 novembre 2007 à Accra (Ghana) dont le thème était : « *Gérer des réformes réussies de l'environnement des affaires en Afrique* », [www.ohada.com](http://www.ohada.com), Ohadata D-07-30.

8 V. Dictionnaire 2007 des sciences économiques, Paris PUF, 2001, cité par Bertrand Du Marais, « Attractivité économique du droit : le droit français peut-il survivre dans la compétition internationale ? », *Droit et Patrimoine* n°170, Mai 2008, p. 38.

Derrière la question de l'attractivité économique des États de l'espace de l'OHADA se profile la part de ces États dans l'accueil des investissements étrangers, mais surtout des délocalisations des entreprises étrangères. Sur la base des logiques économiques, celles-ci choisissent d'établir une partie de leur activité de production à l'étranger dans les pays à faibles contraintes réglementaires et sociales, mais disposant des infrastructures nécessaires au fonctionnement de leurs activités. Toutefois, les investisseurs candidats aux délocalisations prennent en compte plusieurs considérations avant de décider de s'établir dans tel ou tel pays.

Quelle est donc la part des États de l'espace de l'OHADA dans l'accueil des investissements étrangers ? Le droit de l'OHADA a-t-il permis aux États Parties de gagner en crédibilité aux yeux des investisseurs depuis le début de son application ? La réponse, qui doit être nuancée, appelle la prise en compte de plusieurs composantes structurantes de l'attractivité économique des territoires. La première, à savoir la prévisibilité et la stabilité du droit économique, semble être un acquis dans tous les États au Traité de l'OHADA. C'est la plus-value significative que le droit de l'OHADA a apporté à l'attractivité économique des États Parties (I). Toutefois, cet acquis, aussi considérable soit-il, ne peut contribuer efficacement à l'attractivité économique des territoires des États de l'espace de l'OHADA que si d'autres préalables indispensables sont garantis (II). C'est la combinaison de ces deux facteurs qui feront de cet espace de l'Afrique subsaharienne le pôle de développement rêvé par les pères fondateurs du système juridique de l'OHADA.

## I. L'APPORT SIGNIFICATIF DU DROIT DE L'OHADA À L'ATTRACTIVITÉ DES INVESTISSEMENTS DIRECTS ÉTRANGERS.

Au titre de l'apport du droit de l'OHADA à l'attractivité économique des territoires des États Parties à son Traité, nous retiendrons, conscient de l'arbitraire de notre choix, deux avantages comparatifs ayant pour dénominateur commun la sécurité juridique et judiciaire qui constituent l'un des critères principaux d'attractivité des investissements étrangers<sup>9</sup>. Il s'agit de l'accessibilité des sources du droit économique (1) et la pluralité des modes de règlement des différends (2).

### I.1. L'OHADA améliore l'accessibilité matérielle et intellectuelle aux sources du droit économique

Face au *désordre juridique* de certains États de l'Afrique subsaharienne que certains avaient qualifié de « maquis juridique »<sup>10</sup>, les pères fondateurs de l'OHADA ont entendu clarifier et rendre aisé l'accès aux sources du droit des affaires dans les États Parties à son Traité. En effet, à la fin des années 1980, les investissements avaient tari en Afrique subsaharienne car les investisseurs avaient « tourné le dos » à cette région à cause de l'obsolescence, de l'éparpillement et de l'extrême hétérogénéité de ses législations de nature économique<sup>11</sup>. Les textes étaient archaïques et en déphasage total avec les besoins de notre époque. Les sources du droit économique n'étaient pas aisément identifiables et « *c'était un véritable maquis législatif au milieu duquel se retrou-*

*vaient difficilement les praticiens et à plus forte raison les profanes et qui ne facilitait pas les relations commerciales des sociétés avec l'étranger »*<sup>12</sup>.

Le droit de l'OHADA a facilité l'accès aux sources du droit économique à un double niveau : matériel et intellectuel. L'accessibilité matérielle se traduit par le fait que le droit économique est plus facile à connaître lorsqu'il est contenu dans les textes d'ensemble (codes). Cette exigence est satisfaite par le droit de l'OHADA qui est contenu dans les Actes uniformes régissant les différentes matières du droit économique et dont l'ensemble est compilé dans un Code<sup>13</sup>, que l'on désigne couramment le « Code vert » de l'OHADA<sup>14</sup>.

12 P.-G. POUGOUE, F. ANOUKAHA et J. NGUEBOU TOUKAM, *SOCIETES COMMERCIALES ET GIE*, OHADA.com : <http://www.ohada.com/> PRESENTATION DE L'ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DES SOCIETES COMMERCIALES ET DU GROUPEMENT D'INTERET ECONOMIQUE ADOPTE LE 17 AVRIL 1997, p. 2, n°3.

13 Pour plus de développements sur les avantages de la codification, voir Philippe STOFFEL-MUNCK, Les résultats de la codification, disponible sur [www.institut-idef.org/IMG/doc/STOFFEL.doc](http://www.institut-idef.org/IMG/doc/STOFFEL.doc)

14 Les neuf Actes uniformes aujourd'hui en vigueur sont : l'Acte uniforme relatif au DROIT COMMERCIAL GENERAL - 307 articles (JO Ohada N°23 du 15 février 2011 - version révisée) ; l'Acte uniforme relatif au DROIT DES SOCIETES COMMERCIALES ET DU GROUPEMENT D'INTERET ECONOMIQUE - 920 articles (JO Ohada n° 2 du 1er octobre 1997) ; l'Acte uniforme portant ORGANISATION DES SÛRETÉS - 151 articles ( JO Ohada n Ohada N°22 du 15 février 2011 - version révisée) ; l'Acte uniforme portant organisation des PROCÉDURES SIMPLIFIÉES DE RECOURSEMENT ET DES VOIES D'EXÉCUTION - 338 articles (JO Ohada n° 06 du 1 Juillet 1998) ; l'Acte uniforme portant organisation des PROCÉDURES COLLECTIVES D'APUREMENT DU PASSIF - 258 articles (JO Ohada n° 7 du 1er Juillet 1998) ; L'Acte uniforme relatif au DROIT DE L'ARBITRAGE ADOPTE LE 11 MARS 1999 - 36 articles (JO Ohada N° 08 du 15 mai 1999, p.2) ; l'Acte uniforme portant ORGANISATION ET HARMONISATION DES COMPTABILITES DES ENTREPRISES ADOPTE LE 23 MARS 2000 - 113 articles ( JO Ohada N°10 du 20 novembre 2000) ; l'Acte uniforme relatif AUX CONTRATS DE TRANSPORT DE MARCHANDISES PAR ROUTE - 31 articles et l'Acte uniforme sur le DROIT DES

9 L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN (dir), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier 2008, p. 18.

10 Voir infra, note 12.

11 Voir supra, note 10.

Avec le « Code vert »<sup>15</sup>, le droit des affaires dans les États Parties n'est plus le droit des affaires malien, sénégalais, ivoirien, comorien, camerounais, mais bien un droit des affaires africain<sup>16</sup>. En plus du « Code vert », l'OHADA a mis à la disposition du public un outil très efficace d'accès au droit et à la jurisprudence de l'OHADA. Il s'agit d'une base de données numériques disponibles sur internet, accessibles sur le site [www.ohada.com](http://www.ohada.com) et sur le site officiel de l'OHADA ([www.ohada.org](http://www.ohada.org)). Tout le droit de l'OHADA est disponible en accès gratuit sur ce site, ce qui renforce significativement l'accès aux sources du droit économique dans l'espace de l'OHADA. L'investisseur qui se trouve en Asie du sud-est qui souhaiterait avoir une idée du régime des contrats d'affaires dans un pays membre de l'OHADA peut, grâce à un simple jeu de clic, accéder aux sources juridiques dont il a besoin et ce, en version officielle.

De même, l'accessibilité matérielle aux sources du droit économique dans l'espace de l'OHADA ne se réduit pas uniquement au droit légiféré, elle concerne aussi la jurisprudence de l'OHADA. Depuis 2010, en effet, l'Association pour l'Unification du Droit des Affaires en Afrique (UNIDA) a publié deux Répertoires quinquennaux de jurisprudence

---

SOCIÉTÉS COOPÉRATIVES adopté le 15 décembre 2010 et publié dans le J O du 15 février 2011.

15 L'assemblage de la législation de l'OHADA en un code participe davantage de l'initiative privée (celle de Juriscope) que d'une technique instituée par les organes officiels de l'OHADA, qui n'ont pour support que les J.O. de l'OHADA.

16 L'OHADA est une organisation regroupant actuellement 16 membres et la République Démocratique du Congo, qui a déjà ratifié le Traité, mais tarde à déposer les instruments juridiques d'adhésion auprès du Gouvernement sénégalais qui est le dépositaire des instruments d'adhésion à l'OHADA. Cette organisation est ouverte à tous les États membres de l'Union africaine. La République de Madagascar et la République du Cap Vert ont récemment manifesté un intérêt certain pour l'OHADA.

OHADA recensant l'ensemble des décisions rendues en application du droit de l'OHADA aussi bien par les juridictions de fond des États Parties que par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage<sup>17</sup> sur les périodes 2000 à 2005 et 2006 à 2010<sup>18</sup>.

L'accessibilité intellectuelle aux sources du droit économique dans l'espace de l'OHADA est également garantie car l'investisseur peut, par les soins de ses collaborateurs juristes d'entreprise, connaître avec force détails la règle de droit qui régira son activité s'il décide d'investir ou s'il a déjà investi et ce, sans le recours aux services des avocats. Ce qui représente un gain de temps et donc d'argent. Le droit de l'OHADA est facile à connaître car il est formulé en des termes abstraits, généraux et impersonnels, non enrobés dans les morceaux de législations éparpillées comme c'était le cas dans les États Parties avant l'avènement du droit uniforme. L'accessibilité intellectuelle permet à l'investisseur d'anticiper les conséquences contentieuses d'une opération économique et donc de savoir, comme on le dit prosaïquement, « à quelle sauce il sera mangé » si un éventuel contentieux venait à naître. Le législateur de l'OHADA a pris en considération les besoins et les attentes juridiques de l'entrepreneur en rédigeant clairement et simplement les Actes uniformes. Un droit mal compris est un droit imparfait, ce qui n'est pas le cas du droit de l'OHADA.

---

17 Cette juridiction est l'unique Cour suprême commune à tous les États Parties au Traité de l'OHADA compétente pour statuer en cassation sur les pourvois formés contre les arrêts rendus en application du droit de l'OHADA. La Cour commune présente l'avantage d'unifier l'interprétation et les tendances d'application de ce droit. Cette compétence exclusive est de nature à renforcer la confiance des investisseurs dans le système judiciaire OHADA

18 J. ISSA-SAYEGH, Répertoire quinquennal OHADA 2006 - 2010, T.1&2, UNIDA, 2011 ; Répertoire quinquennal OHADA 2000 - 2005, UNIDA, 2009.

En rendant matériellement et intellectuellement accessible le droit économique, l'OHADA a contribué à restaurer la confiance des investisseurs et a œuvré à l'affermissement de l'état de droit économique sur le territoire des États Parties. La certitude de ses droits est pour l'investisseur la condition de sa sécurité juridique. Les besoins en matière de gestion des contentieux ont également été pris en compte.

## I.2. Le système juridique de l'OHADA diversifie l'offre de justice à l'intention des investisseurs

Certains reproches essentiels faits aux États de l'espace de l'OHADA par les investisseurs concernaient le fonctionnement défectueux de leurs institutions juridictionnelles. Pour permettre aux investisseurs d'éviter d'être confrontés aux difficultés de fonctionnement de la Justice des États membres<sup>19</sup>, le législateur de l'OHADA a systématisé, en réponse à l'insécurité judiciaire, une voie alternative de règlement de différends en mettant des outils organiques et juridiques à la disposition de l'investisseur, qui a ainsi la liberté de choisir son juge. En effet, le législateur de l'OHADA a créé un organe indépendant de règlement<sup>20</sup> arbitral de différend au sein de la

19 Pour une vue plus détaillée des problèmes de la Justice en Afrique noire subsaharienne, voir Roger SOCKENG, *Les institutions judiciaires au Cameroun*, 4<sup>ème</sup> éd. Macacos, 2005, pp. 159-193 ; voir également Prosper NKOUMVONDO, « La crise de la justice de l'État en Afrique noire francophone : étude des causes du divorce entre la Justice et les justiciables », *Penant* n° 824, 1997, p. 208.

20 Ce centre est indépendant de l'organe juridictionnel de la Cour Commune de Justice et de l'Arbitrage. Ce centre est administré par un Secrétaire Général indépendant de l'organe Juridictionnel de la CCJA et les sentences rendues sous son égide bénéficient de l'autorité de la chose jugée. La partie gagnante peut solliciter de l'organe juridictionnel de la CCJA un exequatur communautaire pour faciliter l'exécution de sa sentence. Cet exequatur aura une force obligatoire dans les territoires de tous les États Parties.

Cour Commune de Justice et de l'Arbitrage (CCJA) et adopté un Acte uniforme portant droit commun de l'arbitrage<sup>21</sup> dans l'espace de l'OHADA. L'investisseur peut alors décider *ex ante* d'attribuer la connaissance de son litige à un arbitre (juge privé réputé être au-dessus de tout soupçons et bénéficiant de la confiance des parties). Ce sera le cas toutes les fois que l'investisseur conviendra avec son cocontractant public ou privé d'inclure dans leur convention une clause compromissoire attribuant expressément la connaissance de leur litige éventuel à un juge privé (arbitre). Même s'il a été négligent *ex ante*, il peut encore se rattraper *ex post* en concluant, avec l'accord de son partenaire commercial avec lequel il est en litige (ce qui est rare), un compromis d'arbitrage afin d'éviter d'affronter les difficultés, désagréables pour la bonne marche des affaires, de fonctionnement des institutions juridictionnelles officielles des États Parties<sup>22</sup>.

L'arbitrage est donc l'instrument que le législateur de l'OHADA a mis à la disposition des investisseurs publics ou privés désireux d'échapper aux difficultés de fonctionnement des institutions juridictionnelles des États Parties. Ainsi, le législateur communautaire a principalement exprimé la prise en compte des aspects judiciaires de l'attractivité économique du droit uniforme à travers les dispositions de deux Actes uniformes<sup>23</sup> : l'Acte

21 Voir l'Acte uniforme portant droit de l'arbitrage adopté le 11 mars 1999, J.O OHADA, 15 mai 1999, p.2.

22 Voir J. KAMGA, *Réflexions « concrètes » sur les aspects judiciaires de l'attractivité économique du système juridique de l'OHADA*, 32 pages, en cours de publication. L'examen d'une cinquantaine d'arrêts rendus entre 2002 et 2010 par les Cours d'appel du Littoral et du Centre (Cameroun) permet d'établir qu'en cas d'opposition contre l'ordonnance d'injonction de payer, la procédure peut durer de deux à quatre ans.

23 On peut également voir dans les dispositions de l'article

uniforme sur les voies d'exécution et l'Acte uniforme portant sur l'arbitrage. Le fait que le droit de l'OHADA présente avant tout un caractère national<sup>24</sup> est également un grand atout pour la sécurité judiciaire tant souhaitée par les investisseurs et véhiculée par ces deux Actes uniformes. Les Actes uniformes, dont celui sur l'arbitrage, étant d'application directe<sup>25</sup> ; ils représentent les prémisses de la sécurisation judiciaire des investissements dans l'espace OHADA.

Le cadre institutionnel de l'arbitrage proposé par l'OHADA est organisé par les articles 21 à 26 du Traité et traduit la volonté des États Parties à encourager les investisseurs à choisir aisément et librement leur juge (privé ou le juge étatique par défaut). Son régime est encadré par un Acte uniforme spécialement dédié au droit de l'arbitrage. Ce mode alternatif de résolution des litiges est un élément de sécurité judiciaire car il constitue un instrument d'évitement du juge étatique dont l'indépendance, la compétence et surtout l'impartialité n'emportent pas généralement l'adhésion des investisseurs. Il offre une alternative crédible aux investisseurs qui ne font toujours pas confiance aux institutions judiciaires des États Parties.

---

247 de l'acte uniforme sur les procédures collectives une traduction de la sécurité judiciaire : « *Lorsqu'elles sont devenues irrévocables, les décisions d'ouverture et de clôture des procédures collectives ainsi que celles qui règlent les contestations nées de ces procédures et celles sur lesquelles les procédures collectives exercent une influence juridique, prononcées dans le territoire d'un État partie ont autorité de la chose jugée sur le territoire des autres États parties* ».

24 P.-G. POUYOUÉ, « L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire », Ohadadata D-07-41, p. 8

25 Voir l'article 10 du Traité OHADA qui dispose que : « les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ». Ce texte a soulevé moult débats, mais il est évident que dans l'espace OHADA, la primauté de l'effet direct des Actes uniformes est une donnée acquise.

Pour le règlement des litiges de nature contractuelle, les investisseurs peuvent alors choisir la voie arbitrale, classiquement présentée à la fois comme une justice au service des affaires et qui garantit la confidentialité nécessaire pour la conservation du secret des affaires. Mais il convient de signaler que la voie de l'arbitrage n'est pas une solution miracle. Il faut donc se garder d'en surestimer la portée. Elle ne garantit pas les investisseurs contre le fait que les tiers peuvent les attirer en justice devant les juges nationaux (sur les fondements délictuels ou contractuels en l'absence de toute clause arbitrale ou même en formant une tierce opposition contre la sentence), ni contre les contentieux post arbitraux ou répressifs devant le juge étatique. On comprend, à la lumière des limites de l'arbitrage, « *que la meilleure manière pour que la justice soit rendue* » ne consiste pas toujours « à éviter le palais de justice »<sup>26</sup>. C'est dire que malgré ses indéniables avantages, l'arbitrage n'est pas la panacée contre l'insécurité judiciaire<sup>27</sup>. Mais tout compte fait, l'arbitrage est pleinement légitimé par le système de l'OHADA dans ses trois grandes dimensions :

---

26 Les termes entre guillemets sont empruntés à M. le doyen Thomas CLAY. Voir T. CLAY, « Le modèle pour éviter le procès », in Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle, LGDJ, 2004, p. 51.

27 Voir CCJA, arrêt n° 027/2010 du 29 avril 2010, cette décision a cassé un arrêt ayant annulé une sentence arbitrale motif tiré de la composition irrégulière du tribunal arbitral. Il convient également de relever la durée significativement longue de ce contentieux post-arbitral né après le prononcé de la sentence le 30 décembre 2003. On peut par ailleurs consulter avec intérêt le dispositif de la décision rendue le 14 février 2011 par un juge équatorien pour comprendre la portée des limites du champ de l'arbitrage lorsqu'une faute délictuelle est reprochée à un sujet recourant habituellement à la technique arbitrale. Ce juge a condamné le groupe pétrolier américain Chevron à une amende de près de 8 milliards de dollars. Voir <http://www.rfi.fr/ameriques/20110215-equateur-le-groupe-petrolier-chevron-condamne-une-amende-8-millions-dollars> ; <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/International/2011/02/14/015-decision-chevron-equateur.shtml> (dernière consultation des deux sites : 05-04-2011).

la résolution individuelle et consensuelle des litiges, la création d'un droit, sa contribution à l'attractivité économique des territoires du système juridique de l'OHADA.

On comprend avec la garantie (certes satisfaisante mais insuffisante) que la voie arbitrale offre aux investisseurs intéressés par l'espace de l'OHADA que la lisibilité, la prévisibilité et l'accessibilité des textes ne suffisent pas pour attirer les investisseurs. Il faut également leur garantir des préalables économiques nécessaires au démarrage et à la réalisation optimale de leurs affaires.

## II. L'EXIGENCE D'UNE ARTICULATION SOIGNÉE ENTRE LES APPORTS DU DROIT DE L'OHADA ET LES AUTRES PRÉALABLES INDISPENSABLES À L'ATTRACTIVITÉ ÉCONOMIQUE DES ÉTATS PARTIES

Les États Parties au Traité de l'OHADA ont d'énormes besoins d'investissement. Une grande partie du chemin de l'attractivité économique de leurs territoires a été déjà parcourue, mais les conditions infrastructurelles et matérielles ne sont pas toujours réunies pour attirer les investisseurs étrangers. Il y a encore des barrières qui doivent être renversées pour que l'espace de l'OHADA soit pleinement attractif des investissements étrangers. Le droit de l'OHADA, qui a permis de changer le regard des investisseurs sur l'Afrique, ne peut concrètement constituer un outil d'attractivité économique que si les investisseurs trouvent sur les territoires les conditions matérielles et infrastructurelles d'investissement (1), mais il faudrait également développer les politiques de promotion des investissements étrangers au sein de l'espace de l'OHADA (2).

### II.1. La nécessaire amélioration des préalables économiques, politiques et sociaux aux investissements étrangers

Il ne suffit pas d'avoir un droit simple, moderne et adapté aux besoins (juridiques) des investisseurs pour attirer et retenir ces derniers. Les opérateurs économiques n'investissent que sur les territoires qui leur offrent les conditions matérielles et infrastructurelles d'établissement. La majorité des États de l'espace de l'OHADA ne répondent suffisamment pas, pour l'instant, à ce critère d'attractivité économique. Il leur faudrait, dans ce domaine, veiller aux mesures visant à : une amélioration des systèmes de transport et de télécommunication ; une mise à niveau constante des qualifications de la main-d'œuvre<sup>28</sup> ; un renforcement des PME<sup>29</sup> ; et une revue du système de contrôle des prix pour éliminer les distorsions de concurrence.

Ces conditions sont indispensables à l'accueil des entreprises étrangères et à l'incitation au développement des entreprises locales. Les investissements ne peuvent affluer que si les conditions favorables au rendement économique sont réunies et répondent aux besoins des entreprises<sup>30</sup>. Pour identifier ces besoins,

28 L'Afrique subsaharienne dispose d'une main d'œuvre potentiellement riche, 2 subsahariens sur 3 ont moins de 25 ans, ce qui constitue un réservoir immense de main d'œuvre, voir Jean-Michel SEVERINO et Olivier RAY, *Le temps de l'Afrique*, éd. Odile Jacob, 2011, p. 7.

29 Les PME qui devraient constituer le moteur de la croissance des États de l'espace de l'OHADA semblent être le « grand oublié » des politiques économiques des États Parties. Selon le Rapport Doing business 2012, le tissu économique des États Parties est composé à plus de 80% d'entreprises du secteur informel qui, pour la majorité d'entre elles, présentent quasiment toutes les caractéristiques des PME. Les États de l'espace de l'OHADA gagneraient en promouvant une politique de développement de leurs PME et de migration des acteurs de l'économie informelle vers le secteur formel. Les PME, qui sont un puissant levier de croissance, ne sont pas valorisées suffisamment par les États de l'espace de l'OHADA.

30 Les investisseurs se plaignent de l'incohérence des

il faut partir de l'idée, toute simple, qu'une entreprise est une entité dans laquelle des fonds (généralement empruntés) sont investis au service d'une activité; au principe de son fonctionnement, il y a l'espoir d'un retour sur investissement mais aussi la conscience de la perte possible de ce dernier. Si la probabilité de la perte des investissements est plus grande que l'espoir de gain, de retour sur investissement, la solution évidente est que l'investisseur ne prendra pas le risque d'investir. Comme le rappelle une expression bien connue, on n'attrape pas les mouches avec du vinaigre. Les États Parties au Traité de l'OHADA devraient développer les infrastructures nécessaires pour attirer et retenir les investisseurs étrangers, mais faire également d'énormes efforts pour diminuer le taux de risque d'investissement sur leurs territoires car les investisseurs sont allergiques aux risques.

La Tunisie<sup>31</sup> d'avant la crise économique qui a précédé la crise politique du printemps 2011, constitue un bel exemple d'attractivité économique au sud de la Méditerranée qui pourrait inspirer les États de l'espace de l'OHADA. Les investissements directs à l'étranger (IDE) sont, de nos jours, essentiellement dirigés vers les pays en voie de développement, principalement en Chine. Mais à l'examen, il se trouve que la part des États de l'espace de l'OHADA dans l'accueil de ces investissements est très mince. L'environnement des

---

politiques fiscales et douanières au sein de l'espace de l'OHADA, mais surtout d'impositions douanières et fiscales majorés par une multitude de prélèvements informels non moins arbitraires. Un camion faisant route de Cotonou à Bamako traversera cinq pays, quatre frontières, huit points de douane et un nombre incalculable de contrôles routiers. Voir Jean-Michel SEVERINO et Olivier RAY, *op.cit.*, p.28.

31 Voir M. Francesco ABBATE, « L'intégration de la Tunisie dans l'économie mondiale: Opportunités et défis », consultable sur [www.unctad.org/fr/docs/poedmm198.fr.pdf](http://www.unctad.org/fr/docs/poedmm198.fr.pdf)

affaires est déterminé par un certain nombre de facteurs, allant de l'efficacité et l'efficacité de l'administration publique (y compris la bonne marche des procédures commerciales) à la qualité de l'infrastructure et des services liés à l'exportation, au développement technologique, au coût du capital et à celui de la main-d'œuvre. D'autres facteurs pertinents sont la flexibilité du marché du travail<sup>32</sup> et les qualifications de la main-d'œuvre. Tous ces éléments contribuent à former la compétitivité internationale d'un pays ou d'un espace économique intégré. Si le droit de l'OHADA est un atout significatif, il se trouve que les conditions ci-dessus énumérées font encore défaut dans les États Parties.

Il convient surtout de signaler que l'instabilité politique, qui est une conséquence de l'absence d'expression démocratique des peuples, et l'immobilisme de certains gouvernements ne garantissent pas les investisseurs qui craignent les effets d'une remise en cause, à tout moment, des engagements souscrits par les autorités évincées soit par le jeu de la force (coup d'État) soit par le biais d'alternance douloureuse<sup>33</sup> des actes détachables<sup>34</sup> connexes aux conventions qu'ils ont signées avec les personnes publiques. En effet, les investisseurs craignent que, même lorsque

---

32 L'adoption du projet d'Acte uniforme sur le droit du travail dans l'espace de l'OHADA constituerait une réponse crédible à cette demande de flexibilité du marché du travail. Cet Acte uniforme que les investisseurs attendent avec impatience est encore en cours d'élaboration.

33 C'est notamment le cas de la Guinée (Conakry) où, après une alternance difficile et meurtrière, le nouveau gouvernement s'applique à réviser systématiquement les contrats miniers conclus sous le régime précédent. Cette tendance (qui peut être justifiée) est commune aux États de l'espace de l'OHADA et souvent instrumentalisée à des fins purement politiques.

34 Un acte détachable est un acte préalable à la conclusion d'un contrat. Il peut s'agir de la décision ou délibération de le conclure un contrat avec un investisseur ou celle refusant de le conclure.

la convention comporte une clause arbitrale, les États peuvent toujours l'anéantir en instrumentalisant la compétence ou l'absence de pouvoir de l'autorité signataire de l'acte détachable ayant autorisé la conclusion de la convention. C'est un moyen procédural souvent invoqué par les États africain dans les contentieux arbitraux d'investissement.

## II.2. Le nécessaire développement des politiques d'attractivité des investissements étrangers dans l'espace de l'OHADA

Les territoires des États de l'espace de l'OHADA ont des potentialités économiques et sociales à faire valoir auprès des investisseurs étrangers. Ces potentialités devraient être valorisées auprès des investisseurs désireux de faire des affaires avec les États Parties. Pour être attractifs, ces États doivent s'en donner les moyens. Présentant toutes les conditions d'offre de faibles coûts de facteurs de production, les États de l'espace de l'OHADA disposent d'un avantage comparatif pour attirer les investisseurs et qui s'ajoute au droit harmonisé applicable dans tous les États Parties.

Le développement des actions ciblées et une politique concertée d'attractivité économique des États Parties pourraient être mis en œuvre soit collectivement par le Secrétariat Permanent de l'OHADA qui est le bras agissant des autorités politiques de l'OHADA (Conférence des chefs d'État et de gouvernements et Conseil des ministres), soit individuellement par chaque État avec le risque d'inefficacité que cette démarche pourrait comporter. À l'exemple de la création en 2003 d'un Conseil d'attractivité de la France placé auprès du Premier Ministre, les États de l'espace de l'OHADA pourraient promouvoir les atouts du droit uniforme et la confiance

qu'il suscite chez les investisseurs dans le cadre d'un programme commun de développement de l'attractivité économique de leur territoire. Les atouts d'investir dans leurs pays pourraient être présentés aux différents salons dédiés aux investisseurs tant privés qu'institutionnels qui se déroulent au moins une fois par an en Afrique, en Asie, en Amérique et en Europe. Certaines initiatives en ce sens ont été prises par M. Thorsten VOGL<sup>35</sup> qui a eu l'heureuse idée de présenter aux investisseurs, lors du Salon *Promote*<sup>36</sup>2011 (3-11 décembre) à Yaoundé, avec l'assistance du Secrétariat Permanent de l'OHADA, les avantages d'investir dans les États Parties.

Les politiques d'attractivité ainsi mises en place pourraient être conduites avec le concours de tous les acteurs institutionnels de l'OHADA et ne devraient pas occulter les autres efforts à fournir dans d'autres domaines tels que l'éducation, l'apprentissage et l'appropriation des technologies de production. On voit que l'amélioration du climat des affaires n'est pas limitée à l'unification du droit, mais exige également des actions de marketing et de promotion des atouts de ce droit unifié.

Si ces actions sont efficacement menées, on ne parlera plus seulement de l'OHADA « en marche »<sup>37</sup>, mais de l'OHADA qui marche. ■

35 M. Thorsten VOGL qui exposait au salon *Promote* 2011 pour la Chambre Suisse – Afrique, a organisé un «*Info Point OHADA*» dans le «Swiss Pavillon» où chaque jour pour une heure était présent un employé du Secrétariat Permanent qui informait, ensemble avec lui, les investisseurs du monde entier sur les atouts de l'OHADA.

36 Il s'agit de la foire la plus importante de l'Afrique Centrale où il y a des exposants et des investisseurs du monde entier.

37 « L'OHADA en marche » c'est un fameux titre d'un article du Doyen François ANOUKAHA, voir F. ANOUKAHA, « L'OHADA en marche », *Ohadata* D-04-36 ; *Annales de la Faculté de droit de Dschang*, 2002.

GUILLAUME ROUGIER-BRIERRE, ARNAUD LUNEL

## La Cinquième Modernisation : la Réciprocité ?

Avocat,  
Gide Loyrette NouelAvocat,  
Gide Loyrette Nouel

Les milieux d'affaires étrangers ont longtemps été les soutiens objectifs de l'exception chinoise. C'était dans les prémonitions de Simon Leys, qui, dans une « Lettre de Reporters sans frontières » de septembre 1990, annonçait : « *En Occident, à court terme, la vanité des politiciens et la rapacité des hommes d'affaires trouveront avantageux d'adopter les thèses de M. Peyrefitte* ». Les thèses de M. Peyrefitte? La Chine, d'essence particulière, fait exception à tout. Exception aux droits de l'homme pour faire droit aux affaires.

La Chine n'en demandait peut-être pas tant. Mais, de commerce pragmatique, elle n'a jamais dédaigné la sympathie et le service complaisant de certains occidentaux, intellectuels ou hommes d'affaires. Pas bégueule, elle a d'ailleurs, souvent et généreusement, payés ces derniers de formules : « *Les sociétés chinoises souhaitent coopérer et croître avec leurs homologues mondiaux sur une base d'égalité et de bénéfice mutuel* ». On doit celle-ci à Zong Qinghou, fondateur du Groupe Wahaha, au lendemain de la fin laborieuse de son partenariat avec Danone. Et d'ajouter d'ailleurs pour forcer la conviction et son bon droit : « *la Chine est un pays ouvert* ».

Quand elles furent prononcées en période de tranquillité financière et de paix commerciale, de telles pétitions de principe, conjuguées à l'attractivité des perspectives chinoises, à

l'étourdissement que provoque toute mesure chiffrée de cet isolat d'un 1,4 milliard d'individus, ont longtemps suffi pour que chacun confonde ses désirs de profit et de conquête commerciale avec la réalité chinoise.

### ADIEU MA CONCUBINE

Ce court terme prophétisé par Simon Leys aura tout de même duré presque vingt ans. Et, si un état de droit n'avait été en effet que respect des droits de l'homme, il y avait fort à parier que les logiques économiques et financières déficientes l'auraient encore plus durablement sacrifié. Il aura fallu le traumatisme post-Lehman et le retentissement de quelques déconvenues épiques, comme les tribulations Schneider-Cint ou le divorce Danone-Wahaha, pour doucher les ambitions des uns et des autres, pour qu'ait enfin vécu l'idylle des entreprises étrangères et de la Chine post-maoïste. Il aura fallu que les règles chinoises, pourtant inchangées dans leur principe, se doublent d'un discours affiché d'autosatisfaction pour que la tolérance des Occidentaux à l'égard de l'état du droit local se mue en exaspération.

La plume agacée de l'ancien président allemand de la Chambre de Commerce européenne en Chine s'en faisait l'écho dans les colonnes du *Financial Times* le 8 avril 2010.

Son successeur, français, a repris à juste titre la même antienne. A leur suite, les milieux d'affaires de toute nationalité ont fini par admettre que, s'il est possible pour Geely d'acheter Volvo, il n'aurait pas été possible pour Volvo d'acheter Geely. Ou pour l'un quelconque de ses concurrents étrangers de prendre plus que 50 % d'un constructeur automobile chinois. Ainsi l'imposent les règles de la politique automobile édictée par la toute puissante NDRC, ancienne commission de réforme et du plan. S'il fut possible pour China Investment Corp, bras armé du gouvernement chinois, de multiplier les prises de participation dans les groupes étrangers cotés, il n'est tout simplement pas possible de faire d'opérations réciproques, même sur la bourse de Shanghai, hors quotas d'investissement et sans l'aval souverain des autorités de Pékin.

Les milieux d'affaires étrangers ont donc fini par reconnaître que la participation étrangère dans une banque chinoise est limitée à 25%, dans une société de courtage à 33%, dans une société d'assurance vie à 50% et qu'en toutes circonstances, ces prises de participation, même minoritaires, comme le choix du partenaire lui-même, sont soumises à la direction et à l'approbation discrétionnaire des autorités de tutelle. La CBRC pour le secteur bancaire, la CSRC pour les marchés de capitaux, ou la CIRC pour l'assurance. Ils ont fini par admettre qu'indépendamment des secteurs précités, la moindre prise de participation étrangère dans une société chinoise, quel que soit le secteur concerné, était tout bonnement soumise à une approbation préalable du Ministère du Commerce à Pékin ou de ses représentations locales, voire, pour les très grands projets, à l'aval de la NDRC ou du Conseil des Affaires d'Etat.

Ils ont aussi cessé de croire que l'avènement en 2007 d'un droit chinois de la concurrence, au terme d'une gestation de près de 20 ans, permettrait la création de ce que les anglo-saxons appellent un *level playing field* - un environnement où l'on jouerait enfin à règles égales. D'abord, parce que ce nouveau droit n'a pas remis en cause la production endémique de cartels et ententes entre groupes chinois, consubstantiels d'un capitalisme d'Etat, souvent organisés par d'anciens services administratifs reconvertis en «associations professionnelles»... toujours dirigées par les fonctionnaires d'antan. Ensuite, et surtout, parce que les premiers cas de concentrations ayant retenu une attention particulière des autorités chinoises de la concurrence furent souvent des acquisitions par des étrangers. Le rapprochement «sous conditions» entre les brasseurs InBev et Anheuser Bush, le rejet pur et simple du rachat par Coca-Cola des jus de fruits de Huiyuan. En matière d'ententes, une entreprise pharmaceutique chinoise vient de détrôner Unilever au sommet du classement des amendes infligées par la NDRC. Si certains ont voulu y voir un signe de ce que les règles de concurrence s'imposent désormais à tous, la surprise et la circonspection demeurent assez généreusement partagées parmi les observateurs...

La simple observation des faits et des règles chinoises forcent donc à constater le défaut d'homothétie. Etat de droit ici contre droit de l'Etat là-bas. Si un Etat européen doit, par la force des traités communautaires, se soumettre à son corps défendant à la discipline de l'Euro, et faire le siège de la Commission pour avoir le droit de redresser son industrie et perfer ses banques en période de crise, Pékin, dans le même temps, subventionne, librement

et massivement, son économie, restructure ses industries stratégiques en y orientant à sa guise l'investissement privé comme public dans une version postmoderne de l'économie planifiée, et éponge les créances douteuses accumulées aux bilans de ses banques dont aucune ne résisterait au jeu normal des marchés affolés.

### LA GUERRE DES MONNAIES

Pékin instrumentalise surtout la valeur de son yuan derrière un solide contrôle des changes, véritable muraille de Chine financière dressée face aux hordes de capitaux barbares. Tout mouvement de fonds, à l'entrée comme à la sortie, qui n'est pas expressément autorisé par un texte est interdit, sauf autorisation *ad hoc* des sentinelles du SAFE (*State Administration of Foreign Exchange*). Les transactions courantes (ce qui correspond peu ou prou aux transactions du commerce international) sont en principe libres, ce qui, en Chine, signifie contrôlées, enregistrées, vérifiées pour s'assurer de leur réalité et de leur conformité à la « ligne générale » monétaire. Les transactions en capital (ce qui correspond en gros aux investissements directs) sont sous surveillance, et méticuleusement épluchées. Certes, quelques brèches ont été ouvertes pour laisser circuler des sommes limitées, définies en quotas, sur les marchés de capitaux locaux et internationaux. C'est ce qu'on appelle d'un côté, les QFII (*Qualified Foreign Institutional Investor*) pour un montant total plafonné et, d'un autre côté, les QDII (*Qualified Domestic Institutional Investor*) contrôlant les flux inverses d'acteurs locaux vers l'extérieur. Mais, à l'évidence, toutes les sommes qui passent sous les fourches cau-

dines du SAFE sont rapidement refroidies et lentes à circuler, au point de douter de la pertinence du concept même de « hot money » diabolisé par Pékin.

Le résultant est simple et implacable : l'ouverture des marchés de capitaux chinois aux étrangers est embryonnaire, en dépit des velléités de création d'un *international board* sur la bourse de Shanghai, et le marché bancaire reste très marginalement accessible aux acteurs étrangers, malgré les engagements pris à l'OMC.

Les règles du contrôle des changes sont au fond utilement instrumentalisées au gré des intérêts chinois bien compris. Il s'agit tout à la fois de conserver la puissance du yuan sous contrôle, et d'en faire tout autant un garde-fou de l'harmonie intérieure qu'un instrument, par accumulation de réserves, de puissance géopolitique à l'extérieur. On rappellera à cet égard la tentative certes timide, mais peut-être symbolique, de promouvoir le yuan dans le commerce international, illustrée par l'accord Chine-Brésil de compensation entre le real et le yuan. Rien d'étonnant à ce que le yuan s'invite dans toutes les rencontres bilatérales et sommets internationaux, et à ce que les pressions se multiplient du côté américain, ou de la part du FMI, pour tenter de convaincre les Chinois de laisser leur monnaie s'apprécier.

La Chine, cultivant son art de la guerre, s'est bâtie, en vingt ans et à rebours de la mondialisation libérale, une forteresse de règles et pratiques protectrices de ses intérêts et un rempart monétaire inébranlable. Elle n'est aujourd'hui « vulnérable » à aucun investissement étranger qu'elle n'ait choisi discrétionnairement ni aux flux spéculatifs de la finance

internationale, mais plus sûrement affectée par son propre surpoids, par le relâchement interne de sa politique de crédit et l'explosion de ses bulles locales.

Ce constat fait, les milieux d'affaires occidentaux continueront de s'agacer d'autant plus que leur exaspération se heurte à des faits paradoxaux : en 2010, le montant des investissements français vers la Chine était de 8,4 milliards d'euros, alors que le montant des investissements chinois en France était de 370 millions d'euros, d'après le rapport annuel 2010 de la Banque de France sur la balance des paiements et la position extérieure de la France. Si les chiffres peuvent varier selon la méthode de comptabilisation retenue, l'écart demeure en toute hypothèse colossal.

### LES TRENTE SIX STRATAGÈMES

Leur exaspération se renforcera, aussi et surtout, de leurs propres contradictions. Car les investissements chinois ou les partenariats avec la Chine seront longtemps les bienvenus pour redresser nos économies délabrées, quand bien même auraient-ils comme vocation première de renforcer en retour leurs avantages compétitifs en Chine : ainsi la prise de participation du conglomerat chinois Fosun au capital du Club Med est elle largement motivée par la perspective de bénéficier du développement du groupe français en Extrême-Orient. Car ils pourront gloser à l'envi sur les progrès de l'état de droit en Chine, mais qu'importe, puisqu'aucun investisseur étranger ne prendra pour encore quelques temps le risque de faire du droit face à un juge chinois pour tenter d'acter l'illégalité de tel acte administratif de refus ou l'excès de pouvoir de telle autre administration. En aurait-il la tentation que la gestion

judiciaire de l'affaire Rio Tinto<sup>1</sup>, en rétorsion indirecte de l'éviction de Chinalco d'un rapprochement avec son concurrent australien, le ferait très certainement réfléchir à deux fois. Rio Tinto a annoncé en novembre dernier la création d'une joint-venture d'exploration minière dans laquelle le partenaire chinois, évidemment majoritaire, n'est autre que... Chinalco. L'avenir dira s'il s'agit ou non d'une rançon versée par le groupe anglo-australien à son meilleur client.

La Chine, cultivant un art de la guerre forgé par la pratique des Trente Six Stratagèmes<sup>2</sup> et maximisant le «potentiel de la situation» - pour reprendre l'expression du philosophe François Jullien dans sa *Conférence sur l'efficacité* - a d'ailleurs imaginé une nouvelle couche de pouvoir discrétionnaire en agitant l'épouvantail d'un contrôle additionnel des investissements mettant en jeu la «sécurité nationale». On se souviendra de l'article 31 de la loi anti-monopole entrée en vigueur en 2008 et même, dès 2006, de l'article 12 du règlement sur les acquisitions par les étrangers, qui laissaient entendre que des concentrations pourraient être rejetées si elles menaçaient ladite sécurité. Mais ils étaient restés lettre morte ou presque, faute de texte d'application. Le système juridique chinois tend en effet à dénier toute portée à un principe général, s'il n'a pas été strictement encadré par de multiples règlements permettant d'en limiter le champ d'application, au point que le

1 Quatre cadres de la société (dont un Australien d'origine chinoise), accusés de corruption et de vol de secrets commerciaux, ont été condamnés le 29 mars 2010 à de lourdes peines de prison et d'amende par un tribunal de Shanghai.

2 Les Trente Six Stratagèmes est un traité chinois de stratégie proposant des plans pour tous types de batailles, offensives, défensives, indécises, quasi-désespérées, etc. On y apprend par exemple à «Dissimuler une épée dans un sourire» ou à «Injurier l'acacia en désignant le mûrier».

formulaire administratif standardisé occupe en pratique le sommet de la hiérarchie des normes : pas de droit sans case à cocher. Cette doctrine, qui vise au premier chef les droits abstraits qu'il convient de «préciser» en les restreignant, s'applique parfois sous forme paradoxale lorsqu'un système de contrôle se trouve dénué de toute efficacité parce qu'aucun formulaire n'a été conçu pour le mettre en œuvre... Mais la nature chinoise a horreur du vide juridique, et voilà que les cercles pékinois se sont agités en 2010 et 2011 pour le remplir en singeant le CFIUS (*Committee on Foreign Investment in the United States*). Au vu des textes et pratiques en vigueur, on aura compris qu'il est pourtant bien inutile d'invoquer ce parallélisme des formes, déjà si peu parallèles, pour compliquer les procédures d'investissement en Chine. Sauf peut-être à vouloir signifier au reste du monde un avertissement - ou à se préserver un ultime outil de contrôle, «légitimement» opposable aux Occidentaux puisqu'ils ne s'en sont pas encore totalement privés<sup>3</sup>, pour l'horizon sans doute assez lointain où l'ensemble des autres barrières aux flux transfrontaliers auraient été levées.

Il reste qu'à l'échelle mondiale, la coexistence d'un système de règles libérales et d'un système où, en dépit de contraintes de l'OMC, les exceptions sont le principe, favorisera durablement celui qui ne joue que selon ses règles pour que sa raison devienne la plus forte, sur son propre territoire ou sur les terres de ses nouvelles ambitions comme l'Afrique. Mais maintenant que les milieux d'affaires ont le sentiment qu'on ne fait pas aussi aisément droit aux affaires dans l'Empire du Milieu, pourra-t-il continuer à faire aussi durement exception à d'autres droits, disons, plus élémentaires ? ■

3 Quoiqu'il ne subsiste généralement que sous une forme passablement minimaliste, en tout cas en France.

DORIS CHEVALIER

## *Le PPP dans le secteur ferroviaire, un outil pour passer les années de crises financières ?*

VP Project Financing  
ALSTOM TRANSPORT

Dans une période de réduction des subsides publiques, le recours au financement privé peut s'avérer être une façon de surmonter la crise en permettant de réaliser à brève échéance des projets, qui seraient sinon différés de plusieurs années faute de financement public disponible.

En réaction à la première crise de 2008, beaucoup d'états ont basé la relance de leur économie par le moteur des projets d'infrastructures et souvent dans le cadre des PPP. Grace aux montages en PPP, l'autorité publique a pu se décharger en partie ou totalement du fardeau de l'investissement, pour se concentrer sur le contrôle de la qualité du service, tandis que le partenaire privé a optimisé l'investissement pour fournir la qualité de service requise.

Des règles prudentielles sont envisagées pour empêcher l'État, les collectivités locales ou les autorités publiques qui recourent aux PPP de souscrire des engagements hors bilan de manière incontrôlée. Ainsi le PPP, qui a pu initialement être choisi pour la seule déconsolidation comptable des investissements, se transforme progressivement en véritable outil de contrôle budgétaire et de valorisation des investissements.

Mais si le PPP a permis à certains projets de

traverser la crise par le recours aux financements privés, c'est bien souvent en s'appuyant sur des schémas juridiques très élaborés, reflétant un partage de risques qui atteignent leur maximum de complexité dans le secteur ferroviaire.

La crise économique de 2011 complique encore un peu plus ces structures en obligeant à substituer le recours aux financements bancaires devenus quasi inexistantes par de nouveaux modes de financements.

### **I. L'ANALYSE DES RISQUES : PLUS COMPLEXE POUR LE SECTEUR FERROVIAIRE**

#### **I.1. Un secteur avec beaucoup d'interfaces métiers**

Les projets ferroviaires sont des projets techniquement plus complexes que les autres secteurs de transports.

La présence du matériel roulant, technique de pointe par excellence qui prend parfois des allures de prototype en fonction des demandes des clients, est un des éléments de cette complexité technologique; les systèmes de signalisation en sont un autre et l'adaptation des infrastructures au ferroviaire éga-

lement (adaptation des tunnels et viaducs, limitation des rampes de montée au matériel roulant, contrainte sur les courbes de tracées, impact sur la vitesse, etc...).

Mais surtout, contrairement aux projets autoroutiers ou de bâtiments, les projets ferroviaires (tramway, métro ou Lignes à Grande Vitesse) sont rarement autoporteurs et souvent multi métiers: ils nécessitent la plupart du temps une interconnexion forte (gare, relais de transport, insertion dans la ville) et intègrent la construction des infrastructures, l'acquisition du matériel roulant, la gestion de l'exploitation ferroviaire.

Ces projets sont donc beaucoup plus exposés aux risques d'interfaces qui sont plus complexes que dans les autres secteurs: interopérabilité, systèmes de gestion de trafic, gestion de la sécurité, disponibilité des lignes, disponibilité du matériel roulant. En effet par rapport à un projet de PPP autoroutier, il faut intégrer les risques supplémentaires liés au gestionnaire d'infrastructure, au gestionnaire de trafic, à la sécurité, à l'homologation du matériel roulant, etc...

Les interfaces créent des zones de risques qu'il faut référencer, évaluer et allouer respectivement aux partenaires les plus à même de les gérer techniquement et économiquement.

## **I.2. Une importance particulière sur la structure amont des projets**

La phase de conceptualisation du projet prend une importance extrême dans le succès du PPP: le choix du tracé impacte évidemment la réalisation des infrastructures, mais dans le cadre d'un PPP impacte également la réussite de la mise en place des financements nécessaires.

Dans les PPP, il est possible d'encadrer contractuellement le partage des risques liés aux évolutions technologiques d'un projet sur

la durée du contrat. En revanche, à l'inverse d'un projet en marché public, toute modification du design du projet ou de la répartition des risques ultérieure à la signature du projet est à éviter car elle remet en cause l'image que les financiers se sont fait du projet et qui a conduit à la structure financière agréée, au chiffrage du financement privé et au calcul des concours publics (loyers ou subvention d'investissement).

Ainsi un projet approximatif à l'origine ne peut attirer le secteur privé, car la couverture financière des aléas inhérents devient trop lourde et sa capacité à être prise en charge par les acteurs privés / publics est mise en doute par les financiers.

À titre d'exemple le choix du tracé a évidemment des conséquences sur l'optimisation des coûts de travaux, sur le choix du matériel roulant, sur l'environnement et les nuisances sonores, ou encore sur les expropriations inévitables. Une modification du tracé en cours de réalisation de l'ouvrage, du choix du matériel roulant, ou encore des niveaux de disponibilité et de performance du projet, bouleverse l'équilibre économique entier du projet. En effet ces risques sont répartis lors de la signature du contrat de façon satisfaisante pour les financiers afin que la société de projet soit en mesure de rembourser ses dettes en toute circonstance.

La réflexion amont du projet par le secteur public doit donc être réalisée dans une logique entrepreneuriale de mitigation des risques pour atteindre l'optimisation du projet.

La maturité des projets ferroviaires avant leur lancement en appel à candidature est alors souvent très longue (de 5 à 10 ans) et nécessite de multiples phases de concertation publique.

### **I.3. Un secteur avec une forte présence politique**

Les projets ferroviaires trouvent de plus en plus d'écho dans la sphère politique, surtout depuis le renforcement de l'attrait pour l'écologie et le développement durable

Ces projets nécessitant une réflexion amont approfondie qui s'avère souvent ralentie par le manque de budget d'études, ils se retrouvent souvent impactés par les décisions de la vie politique: il n'est pas rare de voir le politique s'immiscer dans la vie d'un projet pour des modifications de tracé, modifications de dessertes, et même le choix du matériel utilisé ou de la rapidité du service.

S'il est évident qu'un projet ferroviaire a besoin d'un fort soutien politique et d'une acceptation de l'opinion publique, il serait illusoire de croire que l'outil PPP peut contenir les demandes de modifications ou accélérer la réalisation des projets.

Ainsi moins le projet aura été structuré en amont et moins la répartition des risques sera optimisée, plus le coût du PPP sera élevé.

L'étude de risque inhérente au PPP permettra d'identifier les éventuelles incohérences ou zones d'études non traitées.

### **I.4. Le besoin d'une présence publique forte et avertie**

La présence du secteur public dans la réalisation du projet en PPP est prépondérante. A contrario des autres modes de transport, du fait des interfaces avec le secteur public, celui-ci ne peut entièrement déléguer le projet à son partenaire privé.

Le niveau de confiance que peut avoir le partenaire privé dans la capacité du secteur public à s'investir dans les projets et être au rendez-vous de ses engagements est un élément clefs du succès du PPP.

Mais quand bien même ces projets sont « aux risques et périls » du partenaire privé, si l'autorité publique ne s'implique pas fortement dans le projet, les risques de déchéances se trouvent augmentés et in fine la puissance publique en supporte elle-même de lourdes conséquences.

À ce titre le cadre juridique dans lequel se situe le PPP a un impact important sur le coût du financement, voire sur le financement tout court.

Le droit anglo-saxon, adapté aux PPP, a permis leur développement bien plus rapide que le droit français pour lequel les références à la jurisprudence du conseil d'état ont du mal à être comprise par les financiers internationaux, quand bien même elles pourraient leur être protectrices.

Un cadre juridique clair dans son expression et son application, sur tous les aspects du projet (de la gestion des recours, jusqu'à la politique tarifaire et l'arbitrage entre les partenaires public et privé) est un facteur de réussite rapide du PPP. Et c'est là une caractéristique fondamentale des PPP ferroviaires, en raison de la complexité des projets. Il serait ici aussi illusoire qu'un contrat en PPP puisse pallier le manque de cadre législatif adéquat.

### **I.5. Avec ou sans risque trafic**

Les projets ferroviaires en PPP peuvent être basés sur un schéma de revenus liés au niveau du trafic ou bien liés à la performance de l'ouvrage, ou encore un mix des deux.

Le risque trafic impacte la structure de financement et c'est à la puissance publique de cibler le niveau de risque en fonction du niveau de trafic attendu.

Un PPP avec risque trafic a pour effet de durcir les ratios de couverture de la dette

exigés par les prêteurs et d'augmenter les exigences de rentabilité prévisionnelle des fonds propres. En conséquence à trafic égal, la puissance publique trouvera moins de fonds privés disponibles pour un PPP avec risque trafic, que pour un PPP sans risque trafic et devra combler le manque de financements privés par des fonds publics. Il y a donc un choix à faire entre d'une part l'octroi d'une garantie de trafic contre une garantie de performance du partenaire privé et d'autre part l'injection de fonds publics dans un projet avec risque trafic.

Cet impact est relativisé dans le cadre d'un projet captif comme un métro ou un tramway pour lesquels le risque trafic est souvent mieux maîtrisé.

## II. LE FINANCEMENT

### II.1. Le coût du financement en PPP

Le coût du financement d'un projet en PPP est structurellement plus élevé que celui dans le cadre d'un marché public. Au-delà d'éventuels concours publics, le PPP est financé en partie par de la dette, en partie par des investissements en fonds propres.

En marché public le prêteur intègre le risque relatif aux remboursements de la personne publique, tandis qu'en PPP il intègre le risque relatif aux remboursements de la société de projet et donc indirectement tous les risques qu'elle supporte. Donc en dehors des cas (cession Dailly en France) où la personne publique garanti totalement le remboursement de la dette, le coût de la dette en PPP est forcément plus élevé.

De plus, l'actionnaire de la société projet supporte directement la majeure partie des risques et attend en contrepartie une rémunération, qui vient elle aussi alourdir l'enveloppe totale en PPP.

### II.2. Diminuer l'endettement public ?

Si le PPP peut être présenté comme une externalisation des fonds publics, et s'il peut être démontré qu'il apporte une rigueur budgétaire dans les investissements publics ferroviaires, on ne peut dire qu'il évite l'endettement public, mais qu'il permet de différer les financements publics.

L'outil PPP peut donc être utilisé, comme cela a déjà été démontré en France, pour traverser la crise financière en continuant de construire les projets.

Dans le secteur ferroviaire pour lequel les besoins en financement sont souvent élevés, le PPP apporte les avantages communs à tous les secteurs :

- l'accès à de nouvelles sources de financements (fonds d'investissements, financements corporate),

- la créativité du secteur privé pour trouver de nouveaux modes de financement (bonds, miniperm, etc...),

mais aussi permet de préfinancer les projets par le secteur privé : c'est notamment le cas pour l'acquisition de matériel roulant qui nécessite d'importants acomptes à la commande des lignes d'usage et une courbe de paiement avant l'homologation finale du matériel.

Enfin l'avantage du PPP dans le secteur ferroviaire se retrouve dans la gestion de la performance et dans l'incitation qu'il place sur le partenaire privé à performer :

- incitation à construire le projet en respectant les coûts et les délais, les dépassements étant à la charge du partenaire privé par construction du PPP,

- incitation à optimiser la gestion du projet en période d'exploitation, qui réduisent sensiblement le coût « all in » du projet et attribue une réelle valeur à l'investissement public ainsi réalisé (*value for money*).

### II.3. Vers une consolidation des financements PPP

Il y a débat aujourd'hui autour de la potentielle consolidation de la dette PPP dans les comptes public, qui depuis 2004 était considérée hors bilan par Eurostat.

Quoiqu'il en soit le retour d'expérience sur les PPP et la crise financière, font que l'argument de déconsolidation n'est plus le premier utilisé pour appliquer l'outil PPP. C'est maintenant le relais de financement et l'encadrement budgétaire qui sont mis en avant.

### III. Quel futur pour les PPP ferroviaires ?

Il faut manier l'outil PPP en conservant en mémoire que :

- un PPP doit refléter un besoin économique; il ne transformera pas un projet avec une mauvaise rentabilité socio-économique en projet rentable;
- un PPP a besoin d'un soutien politique fort, sur la base d'un projet mûrement réfléchi;
- un PPP a besoin d'un cadre législatif adapté au secteur ferroviaire;
- un PPP a besoin d'une allocation des risques optimale pour un secteur complexe.

Compte tenu de la pression que subissent actuellement les états sur leurs niveaux d'endettement, il est légitime de se poser la question de la pérennité des budgets d'investissements et de fonctionnement, nécessaires au secteur ferroviaire qui est structurellement déficitaire.

Le secteur ferroviaire bénéficie d'une image de marque de bonne qualité tant d'un point de vue environnemental qu'en termes de sécurité de transport. Les supports apportés par l'Union Européenne aux projets TEN et le succès des projets ferroviaires menés aux travers des différents plans de relance lors de la crise de 2008, démontrent une volonté publique de soutenir le secteur.

En France la garantie mise en place par l'Etat, ainsi que la mise à disposition de financement fonds d'épargne et l'adaptation du cadre législatif aux financements des projets (financement ajustable) ont permis au projets de LGV SEA , BPL , CNM de voir le jour , pour à peu près 14 milliards d'euros.

La crise économique actuelle impactera probablement la notation des pays. Elle impacte déjà les capacités de liquidités des banques, cependant ces projets réalisés démontrent qu'ils ont une valeur intrinsèque et déjà de nouveaux acteurs sur les marchés de capitaux montrent de l'appétit pour leur financement.

Le Royaume Uni s'est lancé dans un programme d'investissement ambitieux en infrastructure pour booster l'économie et l'emploi, puisqu'il prévoit un programme de £250bn sur les 5 prochaines années ( à comparer à £113 bn investit entre 2005 et 2010) dont les deux tiers du financement viendrait du secteur privé et notamment des fonds de pension et compagnies d'assurances . Le gouvernement britannique a également souhaité remplacer le traditionnel model des PFI par un modèle plus transparent et plus adapté au

marché des capitaux ou aux maturités plus courtes de financements actuels. Il sera donc étudié la mise en place de co- financements directs ou de garanties de financements ou de refinancements qui à l'instar des garanties mises en place en France sont traitées hors bilan.

De son côté le gouvernement italien s'organise pour reformer le cadre juridique du développement des infrastructures de façon à faciliter le financement de projets et l'accès aux financements privés et anticipe un besoin de 40bn € pour les projets prioritaires existants. L'accent est mis sur des PPP sur base de performance ( sans risque trafic) et sur le financement par émissions obligataires. ■

#### En ce qui concerne Alstom Transport :

*Alstom Transport développe et propose la gamme de systèmes, d'équipements et de service la plus complète du marché ferroviaire. L'entreprise est capable de gérer l'ensemble d'un système de transport et d'offrir des solutions « clés en main » : le matériel roulant, la signalisation, les infrastructures et les services, ce qui en fait un acteur majeur du PPP ferroviaire soit en tant que simple fournisseur , soit aussi en tant que sponsor pour des projets dans lequel la société a des participations ou gère la maintenance du matériel existant et de la signalisation (Tram de Reims, Metro de Barcelone, Tram de Reims, Métro de Jérusalem).*

*Alstom Transport réalise actuellement au côté de ses partenaires privés le closing du Tramway de Nottingham, projet à risque trafic avec reprise du matériel du concessionnaire sortant, sur financement BEI et banques commerciales au plus fort de la crise.*

*Alstom Transport vient également de remporter un des premiers PPP ferroviaires espagnols qui consiste en la mise à la norme ERTMS de la ligne Albacete Alicante.*

RAMIN HARIRI, CORINNE CUENCA, LUDOVIC BERNET

## *Les réformes dans le secteur des hydrocarbures en Afrique subsaharienne francophone : le point de vue de praticiens*



Avocat, Associé,  
Fidal, Direction  
Internationale



Avocate,  
Fidal, Direction  
Internationale



Avocat,  
Fidal, Direction  
Internationale

De nombreux Etats d'Afrique subsaharienne francophone disposant d'importantes ressources en pétrole et en gaz souhaitent promouvoir leur domaine pétrolier et leur industrie des hydrocarbures et, à cette fin, réformer le secteur y afférent. Ainsi, des appels d'offres récents portent sur la réalisation d'études pour la réforme des législations applicables en la matière ainsi que sur la conduite de cette réforme.

Les objectifs d'une telle réforme sont divers mais visent principalement à accroître les revenus des Etats concernés et à accélérer leur processus de développement économique et social, tout en instaurant un cadre propice aux investissements (I).

Parallèlement, la conduite de cette réforme implique une modification du cadre juridique applicable et s'accompagne d'une réflexion sur l'organisation du secteur et plus largement sur la sécurisation des investissements (II).

### **I. LES OBJECTIFS DE LA RÉFORME DU SECTEUR DES HYDROCARBURES**

La mise en œuvre d'une telle réforme découle le plus souvent du souhait de transformer les revenus de l'exploitation des richesses naturelles en instruments efficaces d'accroissement du PIB et de réduction de la pauvreté.

Dans la plupart des pays concernés, les conventions permettant l'exploitation des hydrocarbures (concessions et, plus généralement, contrats de partage de production) ont été conclues plusieurs dizaines d'années en arrière et contiennent le plus souvent des clauses figeant les conditions économiques de l'exploitation (dites clauses de stabilisation). Le souhait des Etats est en conséquence d'instaurer une nouvelle répartition des revenus basée sur une relation « gagnant-gagnant » via notamment une réforme des dispositifs fiscaux et la participation obligatoire de la société pétrolière nationale (NOC) dans l'exploitation des hydrocarbures.

La réforme naît également de la volonté d'attirer de nouveaux investisseurs dans le pays, afin de financer la réalisation de nouvelles campagnes de prospection, une meilleure exploitation des ressources en hydrocarbures du pays (notamment en offshore) et/ou la mise en place de nouvelles infrastructures ou leur renouvellement. A cette fin, l'accent est mis sur une clarification du dispositif applicable, une transparence accrue via notamment la création de registres tenus par l'Etat (ex: cadastre des hydrocarbures), et une meilleure gouvernance.

Les États peuvent également devoir répondre au cahier des charges défini par des bailleurs internationaux, tels que la Banque Africaine de Développement (BAD), qui demanderont, comme préalable à l'attribution de nouveaux financements, une réforme du cadre juridique applicable, instaurant une plus grande transparence et une meilleure gouvernance, favorisées par l'application des règles de l'Initiative pour la Transparence dans les Industries Extractives (ITIE) qui milite notamment pour la transparence des revenus générés par les industries des hydrocarbures et minière.

Enfin, le souhait de mettre en œuvre des réformes peut aussi résulter, du moins en partie, du constat de l'inadaptation de la législation en vigueur aux nouvelles contraintes, en particulier en matière environnementale, et/ou de son inefficacité en matière de transfert de compétences et de savoir-faire au profit de la main d'œuvre et des entreprises nationales dans le cadre du « contenu national ». Cette réflexion peut également porter sur la responsabilité sociétale des entreprises opérant dans le secteur des hydrocarbures.

Partant de ce constat, on remarque que les principaux objectifs d'une réforme du secteur des hydrocarbures sont :

- l'augmentation des recettes de l'Etat,
- le renforcement des prérogatives de l'Etat, notamment via l'accroissement du pouvoir de contrôle et de sanction de l'administration,
- la valorisation et la promotion des hydrocarbures (et notamment du gaz naturel),
- la clarification des dispositifs légaux et réglementaires applicables ainsi que la mise en place d'un cadre attractif et compétitif pour les investisseurs,

- l'adoption ou le renforcement des règles protectrices dans le domaine de la sécurité et de l'environnement, et
- l'adoption ou le renforcement des règles relatives au contenu national.

Ces deux derniers points font généralement l'objet d'une attention particulière. S'agissant de l'environnement, l'explosion de la plateforme offshore Deepwater Horizon dans le golfe du Mexique a conduit à un durcissement des règles et normes de sécurité dans le secteur des hydrocarbures, en particulier en offshore. En effet, les Etats ont constaté les lacunes de leur législation et/ou des règles y afférentes prévues dans les contrats relatifs à l'exploitation des hydrocarbures.

Ainsi, la mise en œuvre d'une réforme permet l'introduction, soit directement, soit via la référence aux meilleures pratiques internationales ou règles de l'art, de nouvelles dispositions renforçant la sécurité et la protection de l'environnement dans ce secteur. Ces nouvelles dispositions portent généralement sur l'établissement de plans d'abandon et de remise en état des sites, l'encadrement strict du torchage de gaz, le traitement des déchets ou encore le respect de la réglementation des installations classées. Afin d'en assurer une application uniforme et élargie, ces dispositions sont introduites à la fois dans les textes (code, textes réglementaires...) applicables aux hydrocarbures et dans ceux relatifs à la protection de l'environnement.

L'effectivité de ces règles est garantie par des financements ou engagements financiers (tels que ceux pour la remise en état de sites) et par des assurances, obligatoires, à la charge de l'exploitant. Des sanctions viennent com-

pléter ce dispositif, et les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l'exploitant peuvent être modulées afin de faciliter la réparation du préjudice éventuellement subi par l'Etat.

Parallèlement, la réforme permet également de répondre à un autre défi du continent africain, à savoir la formation professionnelle de la main d'œuvre nationale, dont la Banque mondiale a fait une priorité dans son nouveau plan stratégique pour l'Afrique. Ainsi, les Etats cherchent, dans le cadre des règles relatives au contenu national, à introduire ou à renforcer l'obligation, pour les exploitants, de former la main d'œuvre nationale aux métiers de l'industrie des hydrocarbures, par la mise en place, plus que par le seul financement, de programmes de formation.

L'application effective de cette obligation est assurée par l'intermédiaire d'autres règles sur le contenu national relatives notamment à la priorité d'embauche de la main d'œuvre nationale à compétence et qualification équivalentes (à celles de la main d'œuvre étrangère) et à la priorité de recours aux biens et services provenant de fournisseurs nationaux à conditions équivalentes de concurrence.

Ces règles visant à promouvoir l'entrepreneuriat local peuvent aller jusqu'à réserver à des exploitants nationaux le droit d'exploiter artisanalement certaines zones du domaine pétrolier. En outre, le non respect des règles relatives au contenu national est sanctionné par des amendes, le retrait de l'autorisation administrative d'exploitation (titre minier) et/ou la résiliation du contrat d'exploitation.

## II. LA CONDUITE DE LA RÉFORME

Le processus de réforme implique généralement d'analyser le dispositif juridique et fiscal existant sur la base des textes légaux et réglementaires applicables et des contrats signés (concessions ou, plus généralement, contrats de partage de production). Cette phase préalable permet d'appréhender les lacunes et leviers d'amélioration du dispositif législatif applicable, compte tenu des objectifs poursuivis par l'Etat, tels que l'augmentation de ses ressources, le contenu national et la protection de l'environnement.

L'analyse préalable peut ainsi porter sur les modalités de participation de l'Etat à la production elle-même et aux revenus qui en découlent. Ainsi, le développement rapide des compagnies pétrolières nationales, tant dans leur propre pays qu'à l'étranger, conduit les Etats africains, où l'essentiel de la production est délégué aux grandes compagnies étrangères dans le cadre de contrats pétroliers, à envisager la création d'une compagnie pétrolière nationale.

La mise en œuvre de la réforme implique généralement la promulgation d'une nouvelle loi portant code des hydrocarbures, comprenant les dispositions minimales obligatoires des contrats pétroliers que les parties auxdits contrats ne pourront pas modifier ni contredire mais qu'elles pourront compléter dans le cadre de leurs négociations.

L'application dans le temps de cette nouvelle loi ne peut en principe conduire à une remise en cause des contrats conclus avant sa promulgation. En outre, les compagnies exploitantes parties à ces contrats se prémunissent le plus souvent, grâce à des clauses de stabilisation

notamment, contre les changements de politique fiscale ou des conditions économiques existant lors de leur conclusion. La nouvelle loi peut toutefois prévoir des dispositions lui permettant de s'appliquer aux anciennes autorisations administratives (titres miniers) renouvelées après sa promulgation, impactant ainsi indirectement les conditions de mise en œuvre des contrats existants. En pratique, une négociation entre les parties est impérative afin de s'accorder sur ces conditions et l'impact qu'elles pourront avoir sur l'équilibre économique du contrat.

L'Etat doit veiller à adopter l'ensemble des textes d'application de la nouvelle loi ou à modifier/abroger ceux existant, afin d'assurer l'effectivité de cette loi. Ainsi, on constate l'adoption (ou la modification) de textes réglementaires relatifs à la procédure d'appel d'offre pour la sélection du contracteur, au contenu national (code du travail, textes d'application...) et à la protection de l'environnement (code de l'environnement et textes d'application...). Aussi, la mise en œuvre de la réforme passe nécessairement par un travail collaboratif avec l'ensemble des administrations étatiques concernées.

Une fois la réforme préparée, et afin de trouver un consensus acceptable par toutes les parties prenantes, une réflexion sur cette réforme est généralement menée selon un processus participatif avec les principaux opérateurs du secteur et la société civile.

En effet, si une modification des dispositions juridiques et fiscales applicable au secteur des hydrocarbures peut permettre d'accroître les ressources de l'Etat à court terme, elle peut également décourager de nouveaux investissements sur les moyen et long termes. Ainsi, entre la volonté légitime des Etats d'accroître

leurs ressources en vue du développement économique et social du pays et le nécessaire besoin de sécurité juridique des investisseurs engagés dans des opérations de longue durée nécessitant d'importants financements, un équilibre doit être trouvé.

On remarque toutefois que la réforme sectorielle (propre au secteur des hydrocarbures) doit s'accompagner d'une réforme structurelle globale portant notamment sur le droit des affaires, le droit du financement, des sûretés, le droit bancaire et la fiscalité, afin de créer un cadre propice aux investissements dans le secteur.

L'application du droit uniforme OHADA notamment en matière de droit commercial, de droit des sociétés et de droit des sûretés facilite grandement la compréhension et l'application du régime juridique applicable par les investisseurs et en particulier les investisseurs étrangers.

Cependant, si l'on considère par exemple le droit des sûretés, dont l'application effective dans un pays est une condition essentielle du développement des investissements, et plus précisément les sûretés immobilières, les réformes de leurs mécanismes seraient vaines si l'identification des biens compris dans leur assiette s'avérait défailante. Aussi une réforme de du régime foncier est-elle envisagée dans certains pays producteurs.

Enfin, l'accompagnement dans la mise en œuvre de la réforme (sectorielle et structurelle) doit également tenir compte des difficultés pratiques auxquelles peuvent faire face les investisseurs. Ainsi, la réglementation mise en place, aussi innovante soit-elle, peut ne pas être appliquée ou l'être de manière imparfaite, d'où la nécessité de connaître la pratique locale. ■

HENRY MARTY-GAUQUIÉ

## *Actualité : les révolutions arabes et le soutien de la collectivité internationale*



Directeur des liaisons avec  
les Organisations Internationales  
Représentant du Groupe Banque européenne  
d'investissement à Paris

*L'auteur s'exprime à titre personnel.*

Au cours des dix années qui ont précédé les révolutions arabes, les progrès économiques réalisés par les pays du sud et de l'est de la Méditerranée cachaient mal les prémisses du soulèvement démocratique dont le Peuple tunisien fut l'initiateur.

Les taux de croissance obtenus pendant la décennie 2000-2010 (de 4 à 6% par an) avaient placé ces pays dans une apparente logique de convergence avec leurs voisins européens et permis d'amorcer le rattrapage du déficit en infrastructures au sud de la Méditerranée. Dans ce contexte, le Maroc constituait une heureuse exception. Pays en évolution démocratique depuis la première révision de sa constitution (1995), le Maroc avait conçu et mis en œuvre, à partir de milieu de la décennie, une ambitieuse politique de rééquilibrage de son territoire matérialisée autour de deux axes : des opérations de revitalisation urbaine comme à Tanger, Casablanca, Souss-Massa-Draâ ou l'Oriental et la mise en place d'investissements structurants comme le projet de TGV et le Port de Tanger-Med et ses zones industrielles.

De surcroît, le Maroc, la Tunisie, la Jordanie et, dans une moindre mesure, l'Égypte avaient également réalisé des progrès sensibles vers

l'économie de la connaissance, autorisant quelques secteurs (comme l'automobile ou l'aéronautique) à s'inscrire dans une chaîne de valeur euro-méditerranéenne. Fort de ces avancées, certains de ces pays avaient opté pour une libéralisation des mouvements de capitaux, modérée en Tunisie et au Maroc, mais sans doute imprudente dans le cas de l'Égypte.

Cependant, ces efforts (soutenus par les bailleurs de fonds bi- et multilatéraux) étaient sans effet sur les racines du mal. La logique de convergence avec l'Europe n'était qu'apparente sans parvenir à cacher le rapport très inégalitaire des flux commerciaux et l'absence de véritables politiques d'équilibre territorial et de solidarité entre les couches de la société. Surtout, cette croissance, créée par une bourgeoisie dynamique et compétente, avait été atteinte au prix d'un capitalisme prédateur organisé pour nourrir une autocratie confiscatrice. Loin de parvenir à un meilleur équilibre sociétal ou de nourrir la convergence régionale, cette croissance avait contribué à creuser un fossé entre le peuple et le pouvoir, et créé des poches de pauvreté où le désespoir s'était accumulé. Enfin, les sentiments de frustration et d'humiliation ressentis par les jeunes face à leur exclusion des processus de décision

et d'insertion économique ont fait naître un paradoxe d'une rare violence : la classe la plus nombreuse de la population était sciemment laissée à l'écart des lieux stratégiques que sont les cercles de pouvoir et le marché du travail.

La situation économique des pays arabes, en apparence heureuse à la fin 2010<sup>1</sup>, n'a donc prémuni les régimes autoritaires ni contre le soulèvement courageux des peuples, ni contre les effets de court terme des révolutions. En effet, l'instabilité sociale et politique est intervenue à l'issue de deux années de lutte contre la crise ayant érodé les marges de manœuvre des comptes publics des États concernés. Ainsi, l'effondrement des flux extérieurs (commerce, investissements directs étrangers, tourisme) s'est conjugué à la prise de mesures sociales de compensation pour mettre à mal tant l'attractivité de ces pays que les équilibres des comptes publics. Des pays comme l'Égypte et la Tunisie, par exemple, se sont ainsi trouvés en forte récession à la fin du 1<sup>er</sup> semestre 2011 et connaîtront une croissance quasi nulle en 2011, une reprise difficile étant prévisible pour 2012. Cependant, comme le souligne le Fonds Monétaire International<sup>2</sup>, leur potentiel reste élevé une fois que seront stabilisées les situations politique et économique, ce qui ne pourra pas se réaliser à court terme.

### DES RÉVOLUTIONS AUX ENJEUX ÉCONOMIQUES AUTANT QUE POLITIQUES

Les révolutions arabes ont donc illustré que les régimes autocrates auraient dû d'abord assurer plus d'équité politique et sociale avant d'aspirer à une croissance forte et à l'intégra-

tion régionale. Elles se sont également insurgées contre plusieurs réalités économiques que les autocraties avaient trop longtemps voulu ignorer : en premier lieu, l'instabilité naturelle que produit une ouverture trop rapide à l'économie mondiale si elle n'est pas compensée par des politiques d'équilibres sociaux ; en second lieu, l'extraordinaire disparité territoriale que connaissent tous les pays du Sud (souvent organisée pour des raisons politiques) et qui a laissé se gonfler des poches de pauvreté enclavées en milieu rural et sur la périphérie des villes ; enfin, l'extraordinaire asymétrie commerciale entre les rives sud et nord de la Méditerranée.

Plus qu'une reconstitution économique, c'est donc une demande de moralisation qu'expriment les révolutions arabes. Celle-ci touche tant l'organisation de l'État et la responsabilité de la classe politique, que le modèle économique au sud de la Méditerranée. En un mot, ce que les peuples en transition démocratique demandent est bien l'instauration d'un autre pacte social où l'avancée économique dégagerait les moyens d'une rétribution politique et sociale. Cette exigence nous appelle à réinventer notre accompagnement de la reconstruction des pays partenaires suivant un nouveau paradigme: une meilleure gouvernance pour plus de justice et plus d'inclusion. Un nouveau paradigme qui remplacerait l'ancien fait de croissance, commerce et intégration régionale

Au plan économique, ce nouveau paradigme se traduira par l'instauration d'un nouveau modèle de croissance. Plus *inclusive*, tout d'abord, c'est-à-dire plus créatrice d'emplois et porteuse d'un meilleur équilibre social entre les territoires, mais aussi entre les générations. Toutefois, cette croissance devra être aussi plus *juste*, c'est-à-dire en ayant pour objet de s'assurer que les créations de richesses essaient au bénéfice de l'économie dans son

<sup>1</sup> Les pays du sud et de l'est de la Méditerranée avaient opposé une forte résilience à la crise économique de 2009-2010, comme en ont témoigné les taux de croissance de 3,5 à 5% reconquis dès la fin de l'année 2010.

<sup>2</sup> Étude régionale du FMI et déclarations de Mme Christine Lagarde au G8 Finances de Marseille, 10 septembre 2011.

ensemble afin d'enrichir le contenu qualitatif des emplois, notamment des jeunes diplômés dont le chômage n'a cessé d'augmenter pour atteindre des taux effrayants<sup>3</sup>. Ce qui suppose des réformes sociétales et de structure touchant les systèmes d'éducation, le financement de l'économie et la modernisation de la décision publique d'investissement, l'appui à l'innovation dans les entreprises, etc.

Enfin, une plus grande intégration régionale demeure un objectif nécessaire pour corriger le déficit du commerce extérieur de ces pays envers ceux de l'OCDE (40 milliards de \$ par an !) et pour offrir aux entreprises du Sud la possibilité de maîtriser des segments précis de processus de production partagés entre les deux rives de la Méditerranée. Cependant, cet objectif d'intégration régionale est nécessairement de long terme : non seulement parce qu'il implique la redéfinition des systèmes de coopération régionale (Barcelone, Agadir, 5+5, UpM), mais aussi parce qu'il suppose d'abord un renforcement qualitatif de la compétitivité des pays du Sud sans laquelle l'ouverture au monde extérieur entraîne la création de fortes inégalités et une grande vulnérabilité des comptes publics.

### **LE MOTEUR DU CHANGEMENT : PLUS DE DÉMOCRATIE**

S'il faut évidemment de la croissance pour nourrir les choix, celle-ci est en soi insuffisante pour assurer une évolution qui est avant tout politique et impliquera des révisions en profondeur des mécanismes de gouvernance de la main publique, comme du comportement privé. Le moteur en est, évidemment, plus de démocratie au sens premier du terme :

<sup>3</sup> De 30 à 45% pour certaines catégories en Tunisie, par exemple

le contrôle par le peuple des objectifs, moyens et méthodes mis en œuvre par l'exécutif pour la gestion de l'intérêt commun.

Ainsi, la transition démocratique impliquera-t-elle patience et vigilance de la part du corps social à qui il incombe de définir, à travers ses représentants, une régulation de la production et les mécanismes de répartition de la richesse qui respectent les besoins de la collectivité dans sa diversité. A cet égard, qu'il s'agisse de création d'emplois comme d'équité sociale, le développement urbain et l'équilibre des territoires sont les deux politiques qui sont au cœur des mutations économiques et sociétales à instaurer au sud de la Méditerranée. En effet, le besoin d'investissement dans ces domaines était déjà une nécessité économique avant les révolutions ; il prend à présent une dimension d'urgence politique depuis les soulèvements du printemps arabe et les aspirations que celui-ci a si fortement exprimées.

### **QUEL APPUI POUR LA TRANSITION : G8 OU EURO-MÉDITERRANÉE ?**

Si la conduite de la transition démocratique appartient en premier lieu aux peuples qui l'ont déclenchée, son accomplissement politique et économique est également de la responsabilité des pays développés qui sont les partenaires des pays en transition : en effet, sans rétablissement rapide de la prospérité et des emplois, il ne saurait y avoir de consolidation de la démocratie.

Dans la réussite de cet accompagnement, l'Europe a une responsabilité particulière, non seulement en raison de la dépendance économique et humaine qui traverse la Méditerranée, mais aussi en raison des acquis de plusieurs décennies de coopération euro-

méditerranéenne. En effet, la démarche initiée en 1995 par les accords de Barcelone avait développé, malgré ses échecs, les réseaux et échanges entre sociétés civiles, les flux de capitaux et de commerce, ainsi que la valorisation de la proximité géographique et culturelle qui est le véritable avantage comparatif des relations entre les deux rives de la Méditerranée.

Pourtant, au premier trimestre 2011, l'Europe apparaît incapable de définir une réponse aux révolutions arabes : ses marges budgétaires sont infimes, le consensus sur les politiques de voisinage inexistant et, surtout, la crise de la dette publique prévaut sur toute autre urgence. C'est pourquoi, après l'échec du Conseil européen des 16-17 mars (presqu'entièrement consacré à la question de l'intervention en Libye), l'initiative d'une réponse de la Communauté internationale aux révolutions arabes passe de l'Europe au G8. Réuni sous présidence française, le Sommet du G8 (26-27 mai) avait en effet invité la Tunisie et l'Égypte et lancé l'idée d'un « Partenariat de Deauville » qui fut concrétisé au plan financier par la réunion des ministres des Finances de Marseille (10 septembre 2011) et, au plan diplomatique, par celle des ministres des Affaires Étrangères à New-York (19-20 septembre 2011).

Dès lors, compte tenu du désarroi qui prévaut en Europe depuis le début de l'année, le lancement réussi du Partenariat de Deauville constitue sans aucun doute une réelle avancée : outre une feuille de route détaillée<sup>4</sup> et les

4 La « feuille de route » du partenariat est basée sur les plans de développement économiques présentés par les quatre pays en transition démocratique (Tunisie, Égypte, Maroc et Jordanie, la Libye étant invitée en tant qu'observateur) et consacre des priorités définies par les ministres pour la reconstruction économique des pays en transition : croissance inclusive nourrie par le

engagements chiffrés pour l'appui financier des IFIs<sup>5</sup> (dont la BEI), ce partenariat offre aux pays arabes méditerranéens (jusqu'alors peu associés à l'exercice de la gouvernance mondiale) un cadre multilatéral organisé spécifiquement pour eux. En outre, le partenariat fait le pari d'impliquer les pays du Golfe et les institutions financières arabes dans le soutien à la démocratie et sa stabilisation économique.

Cependant, cette construction n'est pas sans faiblesse. En premier lieu, elle consacre la gestion de la transition par des modes de décision intergouvernementaux qui sont loin de présenter les avantages de la relation euro-méditerranéenne qui, elle, est régionale et intégrative, tant économiquement que socialement. Ensuite, son efficacité tient beaucoup à la personnalité qui le préside (M. Sarkozy en 2011, puis M. Obama en 2012, mais après ?). En outre, l'implication des monarchies conservatrices du Golfe au soutien de la transition est loin d'être sans ambiguïté (comme en atteste l'important soutien financier que ces monarchies accordent aux mouvements islamistes dans les pays en transition). Enfin, le partenariat n'est défini que jusqu'à la fin 2013, soit 30 mois !

---

développement du secteur privé local et l'apport d'investissements directs étrangers, soutien financier des institutions financières (assistance technique et prêts), développement du commerce extérieur par l'ouverture des marchés des pays développés et la réalisation d'une zone de libre-échange interarabe.

5 Les institutions financières internationales (IFIs) acteurs du partenariat de Deauville sont le Fonds monétaire international, le Groupe Banque mondiale/SFI, la BEI, la Banque africaine de développement, la BERD, ainsi que les institutions financières régionales arabes : la Banque islamique de développement, le Fonds OPEP, le FADES, le Fonds monétaire arabe. Les montants engagés sont : 35 milliards de \$ d'aide à l'ajustement structurel portés par le FMI et 38 milliards d'aide à l'investissement accordés par les banques et fonds de développement.

Or les processus de transition démocratiques sont de long terme ainsi que l'ont illustré les expériences ibériques et centre-européenne : dans les deux cas, la stabilisation politique a pris au moins cinq ans, la modernisation économique a duré une quinzaine d'années en mobilisant d'immenses moyens largement financés par l'Europe, et la convergence économique et sociale a été portée par la perspective de l'adhésion. Une offre politique de long terme impossible à définir dans le contexte actuel, l'élargissement de l'Union à des pays hors du continent étant incompatible avec le ressenti des opinions publiques européennes.

Au plan économique, pourtant, les quatre pays en transition sont intimement liés à l'Europe par une dépendance, certes en voie de lente réduction, mais encore très prégnante. C'est donc du contenu de la relation avec l'Europe que viendra la solution au rapport fortement asymétrique qui lie les pays arabes à notre continent. Pour exemple, les déficits des flux commerciaux (40 milliards de \$ par an) comme de capital (10 milliards de \$ par an) ont un ancrage européen et c'est sur cet ancrage que se reconstitueront les transferts de savoir faire, de capital et l'interpénétration seuls susceptibles de réaliser l'emploi et la qualité de vie attendus par les populations.

Au plan politique, par ailleurs, on ne peut manquer d'observer que le soulèvement démocratique arabe trouve un reflet saisissant dans les révoltes de la jeunesse sud-européenne face à la crise économique. Les deux mouvements expriment une mise en doute de l'impartialité de l'État, exigent plus d'équité sociale et générationnelle, souhaitent une plus grande responsabilité de la part des élites politiques. Cette concordance

politique et matérielle indique que le progrès économique n'est rien s'il n'est pas soutenu par une logique de convergence et accompagné par une vision de la transition à l'échelle régionale.

Ainsi, l'enjeu principal sera-t-il bien de savoir rebondir sur la dynamique créée à Deauville pour revitaliser la relation Europe-Méditerranée. Compte tenu des particularismes de chaque pays et des proximités culturelles, la définition de cette nouvelle relation devra s'exprimer également à travers des cadres d'action subrégionaux. Quel que soit le nom qu'on lui donne, cette relation reste incontournable ; ne serait-ce que parce qu'elle est la seule à ne poser qu'une conditionnalité purement démocratique et qu'elle est suffisamment désintéressée pour pouvoir résister aux années d'incertitudes qui accompagnent tout processus de stabilisation post-révolutionnaire. ■

# ÉCOLE DE DROIT

---

ENTRETIEN AVEC THIERRY SCHOEN

## Où sont-ils aujourd'hui ?



Thierry Schoen, associé, est spécialisé dans les fusions & acquisitions et en droit boursier. Il dispose également d'une expérience en contentieux des affaires. Il est diplômé de l'Institut d'Études Politiques de Strasbourg et de Sciences Politiques (DEA, Strasbourg), à une maîtrise en droit des affaires et un Master of Law de New York University. Avant de rejoindre Clifford Chance, il était avocat chez Cleary Gottlieb Steen & Hamilton. Il est membre du barreau de Paris et de New York.

**La Revue des Juristes de Sciences Po :**  
*Merci Maître, d'avoir accepté cet entretien avec la Revue qui revisite aujourd'hui les diplômés de Sciences Po dans une nouvelle rubrique intitulée « Où sont-ils aujourd'hui ? » Tout d'abord, quels sont vos souvenirs d'étudiant à Science Po Strasbourg ?*

**Thierry Schoen :** J'étais très heureux d'être reçu, je suis arrivé un peu impréparé. J'ai passé un premier trimestre assez difficile. Finalement je me suis accroché et ceci, je le dois beaucoup à une de mes professeurs en particulier qui m'a pris sous son aile protectrice. Je me suis spécialisé ensuite en « Eco-Fi », c'est à dire en section économique et financière. La deuxième année j'étais plus mature, j'aimais beaucoup l'aspect touche à tout. Par contre, je n'étais pas très à l'aise en mathématiques. J'étais bon en ce qui était juridique car j'ai une mémoire d'éléphant. Finalement, en troisième année je me suis senti très à l'aise dans les cours juridiques et de politiques-économiques. Donc à la fin de la troisième année, j'ai décidé de faire du droit et je suis directement rentré en licence. J'ai basculé vers le droit sans avoir l'idée en tête d'en faire une carrière.

J'ai fini ma licence à Strasbourg et je suis venu à Paris, où j'ai poursuivi une maîtrise à Assas. À l'issue de ma maîtrise, j'ai fait un stage qui consistait à faire ce qu'on l'on appelait un « Tour de Banque ». Ceci consiste à voir tous les services de la banque (comptabilité, risque, etc.). Alors que je m'orientais plutôt vers la finance, j'ai trouvé les juristes sympas et les problématiques marrantes. Le département de la DIAC à Marne la Vallée, qui était la société financière de Renault, disposait d'un département d'une centaine de juristes, avec un process très automatisé. Par exemple, il faisait saisir des flottes entières de Renault achetées par des mauvais. Il se trouve que presque simultanément, ma cousine germaine était mariée avec un avocat de chez Cleary Gottlieb Steen & Hamilton à Paris. J'ai parlé avec lui et j'ai tout de suite compris que ce qu'il faisait, c'est ce qu'il fallait faire. Il fallait partir aux États-Unis. Et donc je lui dois beaucoup car c'est grâce à lui que j'ai fait ça. Et donc j'ai commencé à poser des candidatures pour des universités américaines, et c'est comme ça que je suis parti aux États-Unis.

***Aviez-vous uniquement postulé dans des Universités à New York ? Saviez-vous déjà que vous vouliez passer le barreau de New York ?***

J'ai choisi NYU car c'était plus pratique. Le but pour moi c'était de devenir bilingue, de m'ouvrir l'esprit et de découvrir un peu le droit américain parce qu'en un an on ne fait pas le tour de la question. J'ai eu la chance, par Renault chez qui j'avais fait un stage, d'avoir par la suite une opportunité de stage chez Sullivan & Cromwell, un cabinet américain pur jus et prestigieux. À l'époque, la plupart des Français et étrangers là-bas passaient le barreau.

***Est-ce que le barreau de New York a été difficile ?***

Oui, c'est un examen difficile, mais les français y sont bien adaptés. Nous sommes habitués à bachoter, alors que les américains sont habitués à des méthodes plus socratiques. Le barreau de New York fut intéressant car j'ai balayé toutes les branches du droit. Ayant fini mon stage, à une époque où il n'y avait aucun problème d'emploi, j'ai trouvé cinq postes de collaborateurs en une semaine ! Je rentrais dans une salle de réunion, j'en sortais avec une offre d'emploi et les autres me rappelaient pour surenchérir. C'était assez grisant!

***Vous aviez un CV plutôt hors-norme par rapport aux autres ?***

Pour l'époque, partir faire un LLM à l'étranger, passer le barreau de New York et faire un stage au sein d'un prestigieux cabinet d'avocat américain, c'était peu commun par rapport à aujourd'hui. Mais, comme je dis souvent aux jeunes, le droit c'est presque accessoire, du moins en M&A. Il faut absolument une école de commerce, ou Sciences Po, et un Master.

Car nous, en M&A, nous faisons peu de droit en pratique. Je discute avec des banquiers, des directeurs financiers et du développement, des CFOs. Il faut que le droit soit parfait mais dans ce que je fais, je fais du process, de la rédaction, de la négociation, et j'organise des équipes. Ce que je propose aux jeunes reste donc toujours la bonne combinaison en Fusions et Acquisitions.

***Pour en venir alors à votre choix de spécialisation, pourquoi la Fusion et Acquisition ?***

C'est une suite de rencontres et d'accidents. Quand je suis revenu à l'époque les gens n'étaient pas spécialisés comme aujourd'hui. D'ailleurs moi j'étais fiscaliste car ma maîtrise était en droit fiscal et lors de mon LLM, j'avais fait beaucoup de droit fiscal. Je suis revenu et on m'a embauché comme vaguement fiscaliste chez Cleary Gottlieb Steen & Hamilton. En fait, c'était au moment où le M&A a explosé. J'ai fait un peu de fiscalité, puis un détour vers le droit bancaire et financier, mais j'ai tout de suite vu que ce n'était pas pour moi. C'était vraiment le moment où le M&A a explosé et cela a correspondu à un moment où Cleary Gottlieb Steen & Hamilton était en plein développement. Ils travaillaient beaucoup avec la Banque Lazard. Je me suis aussi beaucoup intéressé au droit boursier qui était alors peu développé en France, j'ai même écrit un livre dessus.

***The « French Stock Exchange » ?***

Oui, mais maintenant il est épuisé. Et donc voilà, j'ai un peu surfé sur cette vague qui m'a beaucoup plu car c'est un secteur qui est très diversifié, touche à tous les secteurs, notamment des fonds, des grosses boîtes industrielles, des acteurs de toute nationalité.

***Le M&A se globalise t-il d'avantage ? Aussi, sentez-vous les effets de la crise ?***

Les pratiques se convergent à travers les pays car les acteurs sont de plus en plus globaux et les process se ressemblent. Pour ce qui est de la crise, on a plein de travail, un peu différent mais il y a eu une période, jusqu'en juillet, où nous étions repartis très fortement dans l'activité. Maintenant, le contexte est difficile mais cela n'empêche pas le fait que pleins d'opérations soient en cours, particulièrement dans les secteurs financiers et de l'assurance.

***Quel est le profil de vos clients? Sont-ils majoritairement des clients cotés ?***

Oui ce sont typiquement des sociétés du CAC 40 ou des sociétés du SBF 120. Après, ce ne sont pas toujours pour des opérations publiques mais dans la grande clientèle corporate c'est un peu le récurrent. À côté, je travaille avec des fonds d'investissements. On s'occupe aussi des grandes opérations internationales avec des acteurs étrangers. Au final, on a une stratégie un peu de réorientation vers les corporates qui restent des clients très récurrents et que nous avons appris à bien connaître. Personnellement, je suis né dans le milieu de l'industrie, je passais beaucoup de temps dans l'usine de mon père. C'est pour cela que j'ai toujours aimé l'industrie, ça ou l'aéronautique et le pétrole. J'aime les gens qui bâtissent quelque chose.

***En quoi consiste votre travail au quotidien ?***

Le client vous appelle, et vous dis « voilà je regarde ça ». Dans l'achat, il y a la négociation d'un accord d'exclusivité et d'une lettre d'intention. Après il y a la phase d'audit, de due diligence, à la fois financier, comptable; nous on s'occupe bien entendu, de la partie juridique. Après il y a la phase de négociation de l'accord d'acquisition, des garanties demandées. Quand on traite d'une société cotée d'ailleurs, on gère aussi les problématiques boursières.

Dans d'autres opérations, il y a aussi la problématique du contrôle des concentrations donc il faut faire un « filing » soit devant le

Ministère de l'Économie ou la Commission Européenne. Parfois vous avez des problématiques d'autorisation du Trésor si c'est dans l'armement. De plus, il y peut y avoir des problématiques sociales qui obligent à mener à des négociations avec le comité d'entreprise. Enfin, il peut nous arriver de négocier le package des dirigeants. Et puis, si on est à plusieurs et qu'il y a alors un consortium, il y a un pack d'actionnaires à négocier avec les différents investisseurs.

***Le M&A est donc une activité à mission très globale dont le déroulement requiert la spécialisation de nombreuses personnes de divers secteurs ?***

C'est effectivement un très gros processus. Il faut comprendre les problématiques industrielles ou financières du client et gérer un processus qui lui, est très détaillé, très précis. C'est à la fois très global et très précis. La clé dans ce genre de chose c'est d'avoir tout un système où on tient ses équipes au courant, tout le monde se copie dans les mails, et on organise de nombreuses réunions. Tout dépend aussi du dossier bien sûr. Il y a des opérations où on est dix ou même vingt, avec des ramifications dans le monde entier. Comme le cabinet est bien réparti dans le monde, cela permet de travailler avec des gens qu'on connaît bien, qui ont les mêmes standards, les mêmes processus, mais qui sont dispersés à travers les continents. La clé, c'est l'organisation.

***Au sein d'un cabinet comme Clifford Chance, avec plus de 200 avocats et 30 associés rien qu'à Paris, comment obtient-on un niveau d'organisation optimal ?***

On est un kibboutz, tous les associés sont égaux. C'est très informel, les gens se tutoient, on n'a pas de cravates, la porte est toujours ouverte. Demain j'ai une réunion avec une société du SBF 120 avec son CFO et son directeur juridique sur une problématique qui m'est inconnue. On sera dix pour préparer la réunion et « brainstormer ». Avant de prendre une décision, on échange beaucoup et on le

fait avec ses collaborateurs d'égaux à égaux. Tout le monde a le droit de parler et d'ailleurs, c'est plutôt suspect lorsque quelqu'un reste silencieux. Il y a une certaine hiérarchie, oui, mais pas comme dans l'administration ou dans les corporates. C'est un métier analogue à son apprenti et son patron. C'est un métier qu'on apprend sur la table de réunion, devant son ordinateur, et surtout, en parlant au téléphone ou en réunion. On ne l'apprend pas à la fac. C'est très pragmatique.

### ***Que faut-il faire pour devenir associé ?***

Chez Clifford Chance ça fonctionne comme dans beaucoup de cabinets. Il faut une certaine séniorité de l'ordre de huit ou dix ans. Après il faut avoir un business case, il faut avoir besoin d'un nouvel associé. On estime que c'est quelqu'un qui a atteint un niveau de qualité, soit par des qualités techniques et d'exécutions, soit par des qualités de l'apport de clientèle. Dans le fond, ce qui importe le plus, c'est le business case : il faut avoir besoin de cette personne qui est perçue comme étant nécessaire au développement de la maison. Cette personne est aussi bonne que nous, voire meilleure. Après si on en est convaincu, il y a une décision locale à Paris de présentation de la personne à l'association. Paris propose le candidat à un comité qui traite des candidatures, intitulé le « Partner Selection Group ». C'est un processus un peu lourd, mais c'est assez bien fait. Aussi, il est cadré par un système informatique efficace.

### ***Comment restez-vous lié avec les autres cabinets Clifford Chance à travers le monde ?***

On a des mails, un intranet, on a des sites internes sécurisés. Il y a aussi tout un site internet de la maison qui marche extrêmement bien. On a un système financier totalement commun aussi, donc tout le monde suit ce que fait tout le monde. C'est une maison de verre. On a néanmoins des barrières sur tout ce qui est confidentialité, conflits d'intérêts, et des cas très sensibles. Cela peut être totalement mis à part du reste du système. Après on se voit régulièrement. Tous les associés se

voient au moins une fois par an. Les associés en M&A se voient aussi une autre fois par an. Il y a rien de mieux que de se voir car rien ne remplace le contact, surtout dans ces métiers de jugements sur les hommes et les femmes.

### ***Si vous n'étiez pas avocat, quel métier auriez-vous souhaité exercer ?***

Je suis toujours moniteur de ski ! Mais franchement... j'ai du mal à répondre à cette question. J'aurais pu ne pas faire du M&A, j'aurais pu faire du contentieux, notamment du contentieux boursier dans lequel d'ailleurs, je me suis lancé il y a quelque temps.

### ***Pour finir, quels ont été vos moments les plus marquants lors de votre carrière chez Clifford Chance ?***

Il y a trois dossiers qui m'ont marqué à vie. Le premier fut l'introduction en bourse d'EADS, une des plus grosses introductions en bourse jamais faites en Europe. Cela résultait de la fusion d'Aérospatial Matra, DaimlerChrysler Aerospace, et CASA en Espagne. On a été missionné en mars et la société cotée le 13 juillet 2000. Ce travail de trois mois a été le plus gros effort de ma vie. Le deuxième dossier était toujours pour le même client, lorsqu'il s'est retrouvé pris dans une affaire de prétendu manquement d'initiés. Les faits dataient de 2006 et la décision de l'AMF de non lieu, prise en fin 2009. Nous avons gagné sur pratiquement tous les plans. Pour finir, le troisième dossier qui m'a beaucoup marqué était aussi dans l'industrie. C'était dans les conseils de Macquarie et Eiffage, qui ont acheté les Autoroutes Paris-Rhin-Rhône. Cette opération de plus de sept milliards d'euros se fit par privatisation, le coté d'appel d'offre était très intéressant ainsi que le déroulement des relations entre de jeunes australiens et des français assez traditionnels du BTP. Il a beaucoup d'autres dossiers distrayants mais ça serait un peu long à raconter. ■

## Conférence à l'école de Droit

---



Par Michel Leclerc,  
Trésorier de l'AJSP

Le 16 novembre 2011 s'est tenue en amphithéâtre Albert Sorel au 27 rue Saint Guillaume, une conférence organisée par l'Association des Juristes de SciencesPo (AJSP) intitulée « Les Traités Bilatéraux de protection et de promotion des investissements confrontés au droit de l'Union Européenne : quels enjeux, quelles solutions ? ».

Le débat, modéré par Mathias Audit, Professeur des Universités à l'Université Paris XII, regroupait plusieurs intervenants :

- Me Bertrand Derains, avocat associé au sein du cabinet Derains & Gharavi.
- M. Julien Fouret, conseiller au secrétariat de la Chambre de Commerce Internationale de Paris.
- M. Sébastien Manciaux, Maître de Conférences à l'Université de Bourgogne, membre du CREDIMI.
- Me Eduardo Silva Romero, avocat associé au sein du cabinet Dechert.

Les Traités Bilatéraux d'Investissement (TBI) peuvent être sommairement définis comme des accords entre Etats visant à protéger les investisseurs ressortissant d'un Etat dans l'autre Etat, principalement en ouvrant à l'opérateur économique s'estimant maltraité par l'Etat d'accueil la possibilité d'engager une procédure arbitrale en réparation de son préjudice.

Mathias Audit, après avoir rappelé que le droit de l'Union Européenne connaissait déjà du droit de l'investissement étranger depuis le début des années 1980 en ce qu'il traitait de la problématique des *golden shares*, a insisté sur la confrontation actuelle entre les traités bilatéraux d'investissement et l'Union Européenne à la faveur de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. En effet, l'article 207-1 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) opère un transfert de compétence en matière d'investissements étrangers à l'Union. Afin de rendre la question plus intelligible Mathias Audit a proposé de distinguer selon que les traités de protection des investissements ont été conclus entre deux Etats membres de l'Union (I) ou entre un Etat membre et un Etat tiers (II)

### I. LES INVESTISSEMENTS INTRA-EUROPÉENS

Avant même l'entrée de nouveaux pays (Roumanie, République Tchèque...) dans l'Union Européenne au début des années 2000, plusieurs Etats membres avaient conclu avec ces Etats entrants des TBI. Une fois ces pays entrés dans l'Union Européenne, s'est donc naturellement posée la question de la compatibilité de ces traités avec le droit de l'Union relatif aux investissements ou à la libre circulation des capitaux.

Aucune réponse officielle à cette question n'a été fournie par la CJUE mais la Commission considère qu'ils sont caducs.

Eduardo Silva Romero insiste sur le fait que, juridiquement, ces traités ne sont pas devenus caducs et qu'ils devraient donc être dénoncés par les Etats membres qui les ont conclu pour qu'ils perdent leurs effets. La logique suivie serait d'apparence simple : dans la mesure où les nouveaux Etats membres de l'Union doivent être traités comme membres de droit, il est inutile de prévoir une protection additionnelle à celle déjà prévue par les mécanismes du droit de l'union européenne. La formule « Un parisien n'a pas besoin d'être protégé en Bretagne » illustre ce type de raisonnement. Ce propos doit néanmoins être tempéré à l'aune de la diversité des politiques d'investissement menées dans les nouveaux Etats membres (République Tchèque, Slovaquie...) qui en fait des terres d'accueil risquées pour les investisseurs étrangers.

Julien Fouret continue en affirmant que la naissance des articles 206 et 207 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) est irréfléchie dans la mesure où elle donne l'illusion que les traités d'investissement sont tous identiques, ce qui est loin d'être le cas. La perception monolithique du droit des investissements par les institutions européennes pose des problèmes à la CCI. Cette dernière tente donc, par le biais de ses comités nationaux, de sensibiliser la Commission Européenne au danger que constituerait la caducité de ces traités. L'inquiétude des entreprises privées est à cet égard importante.

Me Bertrand Derains se demande alors si c'est le traité de Lisbonne qui est à blâmer ou s'il ne s'agit pas simplement d'un déficit

d'élaboration des systèmes juridiques des nouveaux entrants. D'autant que le maintien de ces traités antérieurs pourrait aboutir à une réalité contraire aux objectifs de l'Union Européenne, à savoir une plus grande protection de certains capitaux émanant d'un Etat membre par rapport à ceux émanant d'un autre. A titre d'exemple, il ne peut y avoir, pour la Commission, une différence de traitement entre des investissements français ou anglais à l'intérieur de l'Union. La question réelle est donc celle de l'idéologie anti-arbitrage de la Commission.

Sebastien Manciaux attire ensuite l'attention de l'auditoire sur le vide juridique relatif aux investissements indirects à l'étranger, tels que les prises de participation dans des sociétés communes à l'étranger, non traités par l'Union Européenne.

Me Eduardo Silva Romero précise que la Commission suggère non seulement la dénonciation des traités mais également la renonciation des Etats à la clause de survie, qui permettrait de garantir une survie des protections issues du traité pendant une durée de dix à quinze ans après la résiliation ou l'expiration dudit traité. Cette position est dangereuse pour les investissements dans ces pays, conditionnés notamment par le bénéfice de protections solides pour les investisseurs étrangers.

Mathias Audit réoriente le débat en insistant sur la faiblesse des arguments de l'Union Européenne sur les traités d'investissements déjà en vigueur au moment de l'entrée en vigueur des articles 206-207 TFUE. En effet, il s'agit sans doute d'une volonté de l'Union d'éviter que la protection juridique accordée aux investissements dans l'espace de l'Union puisse en partie échapper à son contrôle. En outre, historiquement, le droit des investissements c'est la protection de la propriété

des étrangers. Or l'article 345 TFUE réserve le régime de la propriété à la compétence des Etats Membres, ce qui donnerait à penser que ce qui figure dans les traités d'investissement relève légitimement de la compétence des Etats membres.

Me Bertrand Derains et Julien Fouret insistent alors tous deux sur un arrêt rendu par un tribunal arbitral dans une affaire « Areko » qui a le mérite de synthétiser l'approche d'un tribunal arbitral lorsqu'il doit appliquer le droit de l'Union Européenne.

Dans cette affaire, continue Me Derains, le tribunal s'est déclaré compétent uniquement sur le fondement du traité bilatéral d'investissement. Néanmoins, il a ajouté qu'il était dans l'obligation de vérifier la conformité de ce traité avec le droit européen. On peut donc imaginer un arbitre poser une question préjudicielle.

Me Eduardo Silva Romero rappelle également que certains auteurs considèrent qu'aujourd'hui en matière d'arbitrage d'investissement le droit applicable est essentiellement le traité bilatéral et un certain droit coutumier. Dans ce cadre, le droit de l'Union Européenne n'est qu'un fait que les arbitres doivent garder à l'esprit en appliquant les dispositions du traité. C'est le cas par exemple du traitement juste et équitable.

Sebastien Manciaux réagit en affirmant que le droit de l'Union Européenne ne saurait être analysé comme un fait. Il s'agit d'un droit dont on vérifie la compatibilité avec l'ordre juridique qui a institué le tribunal arbitral.

## II. LES INVESTISSEMENTS ENTRE ETATS MEMBRES ET ETATS TIERS

Mathias Audit explique que l'élargissement des compétences de l'Union en matière d'investissements a également des répercussions sur les rapports de l'Union avec des Etats tiers. L'Union Européenne va-t-elle conclure des accords ? Si oui, par quel moyen ? Pourra-t-elle être attirée à l'arbitrage ? Mathias Audit rappelle à ce titre que les positions de l'Union Européenne sont discordantes à ce sujet puisque la Commission exprime des réserves tandis que le Parlement semble en faveur d'une telle disposition. La commission souhaiterait avoir un droit de regard sur les TBI conclus par les Etats membres et pouvoir y inférer si nécessaire. Le Parlement souhaiterait que l'UE en tant qu'entité puisse conclure des TBI avec des Etats tiers.

Sébastien Manciaux rappelle la position de l'Union Européenne qui consiste à dire que la politique en matière d'investissement est une nouvelle frontière de la politique commerciale commune. Néanmoins, l'Union européenne semble être mal préparée à se saisir des problématiques d'investissement. En effet, il faut distinguer les cas où l'Union Européenne prendrait part à des arbitrages d'investissements dont les charges seraient supportées par les Etats membres et les cas où un Etat tiers engage une action en raison de mesures prises par l'Union. Or même si un jour l'UE devient défenderesse unique (en se substituant aux Etats dans la procédure), ce sera bien aux Etats membres qu'il reviendra de payer ! L'Europe serait donc représentante mais pas responsable, ce qui peut légitimement inquiéter les Etats membres partis à une procédure d'arbitrage.

Julien Fouret considère lui aussi que la Commission est plus dans la réaction que dans l'action. C'est le cas par exemple lorsque la Commission affirme que le principe du traitement juste et équitable est l'équivalent du principe de non-discrimination, cher à l'Union. Or ce n'est pas le cas dans la mesure où le principe du traitement juste et équitable est absolu alors que le principe de non-discrimination cesse de s'appliquer si une mesure discriminatoire vis-à-vis d'un Etat s'applique à tous les Etats. Cela signifie concrètement qu'un Etat tiers sera peu susceptible de signer un traité d'investissement avec l'Union Européenne.

Me Eduardo Silva Romero souligne le peu de visibilité actuelle sur la question de la possibilité pour l'Union d'assigner en justice des Etats tiers dans la mesure où cela est arrivé seulement à trois reprises.

Julien Fouret ajoute que des questions simples ne sont même pas abordées par l'Union. Une société d'un Etat membre qui va dans un Etat tiers peut-il agir en Turquie pour protéger ses investissements ou est-ce uniquement l'Union qui peut agir ? Là encore, les textes sont silencieux.

La conséquence logique c'est, selon Sebastien Manciaux, que les Etats tiers sont en position de force lorsqu'ils négocient avec les entreprises ressortissantes des Etats membres.

Mathias Audit rappelle la volonté du Parlement européen d'avoir un lieu d'arbitrage unique. Parle-t-on de siège de l'arbitrage ou d'institution unique pour tous les arbitrages ? Eduardo Silva Romero confirme que cette problématique va se poser, en même temps que celle de savoir quels seraient les arbitres choisis pour un arbitrage impliquant l'Union. Devra-t-on exclure les arbitres de nationalité européenne ? Par ailleurs, pour ce qui est de l'arbitrage CIRDI, il est impensable que l'UE puisse devenir partie car il est utopique de penser pouvoir modifier la Convention de Washington.

Mathias Audit conclue cette conférence en insistant sur le fait que l'Union Européenne est une institution qui fonctionne administrativement bien et qui saura donc s'adapter à toutes ces problématiques qui ne manqueront pas de se poser. ■

## ***Appel à contribution :*** ***Concurrence : rôle et influence de l'action publique***

---

La France a, par rapport à ses voisins, difficilement accepté l'émergence du droit de la concurrence, mais désormais ce pôle du droit économique se situe au cœur de la régulation des marchés dans tous les pays de l'Union Européenne. A ce titre, la récente interdiction par la commission européenne de la fusion entre Deutsche Börse et le NYSE illustre bien l'actualité de cette branche du droit éminemment dépendante de l'action publique.

La Revue des juristes a donc choisi pour son prochain numéro de s'intéresser à ce succès du droit européen qui désormais irrigue et infléchit notre droit interne. Idéalement, ce numéro prendrait en compte le fait que le droit de la concurrence est influencé par des concepts économiques et une volonté politique. L'action publique doit donc être entendue de manière large : les Etats membres, les autorités de régulations et les institutions communautaires sont visés. Seront abordés aussi bien des questions théoriques que des aspects pratiques, dont entre autres :

- Les problématiques juridiques liés à l'adaptation de concepts économiques ;
- Des études de cas, français ou européens ;
- Une analyse et/ou une comparaison du fonctionnement des autorités de régulation de la concurrence en Europe ;
- Les particularités du contentieux de la concurrence ;
- Une étude comparative avec d'autres juridictions, notamment de *common law* ;
- Une analyse de l'approche politique et/ou juridique de la commission européenne en la matière ;
- L'influence des Etats-membres sur la création des sources européennes et les prérogatives dont ils disposent en droit interne ;
- Et tous les sujets que vous jugerez pertinent de nous proposer en rapport avec ce thème.

Cette liste n'est évidemment pas exhaustive et ne constitue que les prémices de nos recherches. N'hésitez donc pas à proposer des contributions différentes, toutes les idées sont les bienvenues.

Si vous souhaitez participer à ce numéro, n'hésitez pas à nous contacter à l'adresse suivante :

[revue@ajsp.fr](mailto:revue@ajsp.fr)

Les propositions de contributions doivent être envoyées avant le **1<sup>er</sup> avril 2012**.

Les articles doivent être envoyés avant le **30 mai 2012**.

Nous nous tenons à votre disposition pour toute information complémentaire et attendons vos contributions avec impatience. C'est la qualité de vos contributions qui constitue la qualité de notre Revue, c'est pourquoi nous remercions par avance tout ceux d'entre vous qui voudront participer à notre prochain numéro.

## LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO

REVUE ÉDITÉE PAR L'ASSOCIATION DES ÉLÈVES ET DIPLOMÉS  
JURISTES DE SCIENCES PO (AJSP)

ISSN 2111 - 4293

27 RUE SAINT GUILLAUME - 75007 PARIS

EMAIL : REVUE@AJSP.FR

SITE : HTTP://AJSP.FR

- DIRECTEURS DE PUBLICATION :

DOROTHÉE BRUGÈRE, STEFAN MONAGHAN DARCEL

- SUPERVISION SCIENTIFIQUE DU DOSSIER :

DIEGO P. FERNANDEZ ARROYO

- COMITÉ DE RÉDACTION :

ANTOINE DELACARTE, GUSTAV KALM,

AUDREY LHEMANN, BOB ZELLER

- RÉALISATION GRAPHIQUE :

CÉCILE KNOSP