

▣ Accords multilatéraux de protection de l'investissement de la région du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord : deux exemples d'instruments méconnus mais prometteurs

Suite à un essor des investissements dans la région du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord (ci-après « **la région MENA** »), il convient de se pencher sur les outils déjà en place garantissant aux acteurs internationaux et régionaux une protection de leurs investissements.

Les États de cette région sont signataires d'un grand nombre de traités de protection de l'investissement, dont la plupart sont des traités bilatéraux (ci-après « **TBI** »). Mais ces États ont également signé des traités régionaux de protection de l'investissement, offrant ainsi un système de protection de l'investissement qui propose une solution spécifiquement islamique et arabe. L'analyse suivante se focalisera sur deux d'entre eux : l'Accord sur la Promotion, la Protection et la Garantie des Investissements entre les États membres de l'Organisation de la Conférence Islamique, dit « **Accord OCI** » (I) et l'Accord Unifié pour l'Investissement du Capital Arabe dans les Pays Arabes, dit « **l'Accord Unifié** » (II). Jusqu'à récemment, ces deux traités ont reçu peu d'attention. La première affaire ayant fait appel à l'un de ces traités date de 2003. C'est l'affaire *Tanmiah c. Tunisie*¹ qui applique l'Accord Unifié. La première – et pour l'instant, la seule – affaire appliquant l'Accord OCI est *Hesham al-Warraq c. Indonésie*².

Étant des accords multilatéraux, ces deux accords offrent une protection de l'investissement qui n'aurait pu en bénéficier en l'absence d'un TBI. Mais le vrai atout de ces accords est qu'ils offrent une protection en continue dans une région qui vit des périodes d'instabilité et dont les gouvernements internes peuvent mettre en place des réformes affectant les investissements³. Par ailleurs, l'application qu'ont eue les juridictions internationales de ces traités permet d'attendre un développement de la jurisprudence internationale en harmonie avec les particularités culturelles et légales du monde islamique et arabe.

I. – L'Accord de l'OCI

Conclu par les États membres de l'Organisation de la Coopération Islamique (ci-après « **OCI** ») – anciennement désignée « Organisation de la Conférence Islamique » –, cet accord a été conclu le 5 juin 1981 et est entré en vigueur en février 1988. Il est applicable à vingt-sept des cinquante-sept États membres de l'OCI⁴.

L'affaire *al-Warraq c. Indonésie* a sorti cet Accord de l'ombre et lui a donné une seconde vie en établissant comme précédent un accès rapide pour les investisseurs aux juridictions internationales pouvant appliquer cet Accord.

a) Interprétation écartant les obstacles au recours à l'arbitrage international

i) Accès direct de l'investisseur à un recours en arbitrage contre l'État d'accueil

Un des sujets traités par le Tribunal arbitral était de savoir si cet accord constituait une convention d'arbitrage. En effet, l'article 17 de l'Accord OCI est rédigé en termes assez ambigus, laissant planer un doute. Le requérant a fondé sa saisine du Tribunal sur cet article. Le Tribunal a eu une lecture compréhensive de l'Accord et a considéré, qu'au vu de l'objet de l'Accord, c'est-à-dire le développement d'un climat favorable aux investissements⁵, et de la construction des articles de l'Accord – notamment avec le fait que l'article antérieur de l'accord est une clause de bifurcation (dit « *fork-in-the-road clause* » en anglais) – ainsi que du langage utilisé, il ressortait implicitement de l'article 17 un droit de recours à l'arbitrage de l'investisseur contre un État Partie⁶.

Le Tribunal précise encore plus l'accès direct de l'investisseur à l'arbitrage international en indiquant qu'il n'y a pas de prérequis à la saisine d'une juridiction internationale. Puisque l'Accord contient une clause de bifurcation, l'épuisement des voies de recours internes est donc écarté⁷ et que le chapeau de l'article 17 implique que l'investisseur possède une alternative entre le mécanisme de la conciliation et celui de l'arbitrage, et non une obligation de tenter la conciliation avant de se tourner vers l'arbitrage⁸.

La question qui doit être analysée par la suite est de savoir si l'article 17 de l'Accord constitue une offre de recours à l'arbitrage sans qu'il n'y ait besoin pour l'État d'accueil de réitérer son accord. L'expert de l'État défendeur a eu une analyse téléologique de l'Accord. Il a précisé que la pratique de l'offre de consentement à l'arbitrage de l'État contenu dans l'instrument international de protection de l'investissement a été définitivement établie après la signature de l'Accord OCI. Toutefois, le Tribunal arbitral a fait une parfaite application des règles d'interprétation des traités de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969⁹ et édicte que : « *[w]hat the Members of the OIC did or did not visualise when sponsoring the Treaty has not been established on the evidence [...] ; but the Tribunal considers this as irrelevant; what is relevant is not the intention of any one or more Members of the OIC, but what the language used in the OIC means on an interpretation of the words used. The Tribunal considers that the language of Article 17 can and should be interpreted from a contemporary perspective and that it constitutes an open offer to arbitrate that can be accepted by an investor, such as the Claimant, without any separate express agreement to arbitrate by the Respondent.* »¹⁰.

ii) Notion large d'« investisseur »

L'article 1.6 de l'Accord OCI définit un investisseur comme « *le gouvernement de l'une des Parties Contractantes ou toute personne physique ou morale appartenant à une Partie Contractante et possédant un capital qu'elle investit dans le territoire d'une autre Partie Contractante [...]* ». Bien qu'il ne soit pas étranger au droit de l'investissement qu'une personne publique soit qualifiée d'investisseur, cette qualification est souvent limitée par l'exercice de prérogatives de puissance publique¹¹. Or le libellé de l'article 1.6 laisse entendre que cette distinction n'est pas nécessairement pertinente dans le cadre de cet Accord.

D'autre part, l'article en question précise pour les personnes physiques qu'elles doivent jouir de la nationalité d'une Partie Contractante tandis qu'il est indiqué pour les personnes morales seulement qu'elles doivent être établies « *conformément aux lois en vigueur dans n'importe quelle Partie Contractante et reconnue par la loi en vertu de laquelle cette entité est établie comme jouissant de la personnalité morale* ». Il n'y a donc pas de critère de nationalité pour les personnes morales. Malheureusement, la jurisprudence existante ne nous éclaire pas outre mesure sur son application puisque l'affaire *al-Warraq* concernait un investisseur qui était une personne physique.

Néanmoins, cette définition est intéressante puisque les traités de protection de l'investissement fonctionnent habituellement par rattachement à un État, donc à une notion de nationalité. C'est ainsi qu'il est admis qu'en droit international, les personnes morales possèdent une nationalité afin de rattacher l'investissement effectué par l'acteur économique à un État-Partie – bien que ce lien de rattachement soit foncièrement différent du lien de rattachement entre une personne physique et un État¹². Ces critères de rattachement d'une personne morale ont été énoncés initialement dans l'affaire *Barcelona Traction*¹³ concernant l'exercice d'un recours en protection diplomatique : la loi sous l'empire de laquelle une société est constituée (la distinction entre l'enregistrement et l'incorporation) et la localisation du siège social. D'autres critères peuvent parfois s'ajouter, comme l'intérêt pondérant ou la notion de contrôle de la personne morale. La détermination du rattachement d'une personne morale à un État signataire d'un traité de protection de l'investissement est relative aux dispositions spécifiques du traité en question. Nonobstant, la formulation de l'article 1.6 n'exige qu'une constitution conforme aux lois en vigueur ainsi que la reconnaissance de la personnalité juridique.

Ainsi, la sentence sur la juridiction a permis d'ouvrir l'accès à l'arbitrage international, en faisant de l'Accord OCI un instrument complet contenant des mécanismes de résolution de différends ainsi que des dispositions de protection de l'investissement.

b) La protection de l'investissement offerte par l'Accord OCI.

i) Protection de l'investissement direct et indirect

Aux termes des articles 1.4 et 1.5, la notion d'investissement est définie de façon générale¹⁴. Dans l'affaire *al-Warraq*, le Tribunal a fait application de cette définition et a considéré qu'en l'absence de distinction entre les investissements directs et indirects, il n'y avait pas lieu de faire une distinction. Ainsi, le Tribunal a considéré qu'au sens de l'Accord, et les investissements directs, et les investissements indirects sont couverts par le texte¹⁵. En l'espèce, M. Al-Warraq détenait des parts dans une banque indonésienne, ce qui n'est pas constitutif d'un investissement direct.

La protection des investissements indirects n'est pas novatrice : plusieurs traités récents de protection de l'investissement les couvrent – soit en ayant des dispositions générales, soit en ayant des dispositions plus restrictives et limitant à certaines opérations ou actifs (tels que les parts sociales, les intérêts ou même les dettes)¹⁶. Ainsi, les dispositions de l'Accord n'ont rien d'exceptionnel, mais à travers l'application qui a été faite des dispositions dans l'affaire *al-Warraq*, il est certain que la protection offerte par l'Accord OCI a été étendue à un plus

large pan d'opérations économiques.

ii) Absence de clause de traitement juste et équitable

Cette absence est une singularité de l'Accord OCI à laquelle les futurs investisseurs devront faire attention. Cette carence peut être d'autant plus préjudiciable à l'investisseur que l'existence d'une norme minimale internationale coutumière applicable au traitement des biens et investissements appartenant à des étrangers, dont la norme du traitement juste et équitable ferait partie, a été remise en cause et ce depuis le début du XX^e siècle¹⁷.

• Importation du traitement juste et équitable par le mécanisme de la clause de la nation la plus favorisée

Néanmoins, toute crainte de défaut de protection est à relativiser en présence d'une clause de nation la plus favorisée. L'Accord OCI en détient une : l'article 8.1 de l'Accord¹⁸. En effet, par le jeu de cette clause, un investisseur peut importer une clause de traitement juste et équitable contenue dans un autre traité. C'est précisément ce qu'a fait M. al-Warraq en invoquant la clause de traitement juste et équitable contenue dans le TBI entre l'Indonésie, État-Partie à l'Accord, et le Royaume-Uni, État non partie.

Comme l'a cité le Tribunal¹⁹, ce jeu n'est pas nouveau en droit de l'investissement : ce fut le cas dans l'affaire *Pope & Talbot*²⁰. Le tribunal s'est fondé sur la clause de la nation la plus favorisée contenue dans l'article 1103 de l'ALENA pour soutenir l'argument selon lequel la norme de traitement juste et équitable contenue dans ce même accord ne pouvait pas être inférieure à celle accordée par d'autres clauses de traitement juste et équitable auxquelles le Canada a souscrit. Le Tribunal a également cité l'affaire *MTD c. Chili*²¹ où la combinaison de la clause de la nation la plus favorisée ainsi que de la clause de traitement juste et équitable contenues dans le TIB entre le Chili et la Malaisie a fondé le tribunal à recueillir le moyen de l'investisseur invoquant les obligations substantives contenues dans les TBI conclues entre le Chili, le Danemark et la Croatie.

L'application faite dans l'affaire *al-Warraq* est plus proche de celle faite dans l'affaire *MTD* puisque la clause de la nation la plus favorisée a permis l'import d'obligations substantielles incombant à l'État qui n'existaient pas dans le traité sur lequel est basé le différend soumis au tribunal en question. Dans l'affaire *Pope & Talbot*, les deux traités en question avaient des clauses de traitement juste et équitable, la question était celle du standard de traitement accordé.

Comme l'explique le Tribunal, cette importation est possible à partir du moment où l'autre traité auquel l'investisseur fait référence porte sur le même objet. Après avoir analysé le contenu de l'Accord de l'OCI et celui du TBI entre l'Indonésie et le Royaume-Uni, le Tribunal a considéré que l'import d'autre clause était possible²². Par ailleurs, le Tribunal souligne que le TBI avec le Royaume-Uni n'est pas le seul TBI dans lequel l'Indonésie offre une clause de traitement juste et équitable²³. Il reconnaît alors que l'investisseur peut invoquer à bon droit la protection du traitement juste et équitable au titre de la clause de la nation la plus favorisée²⁴.

• Définition du standard du traitement juste et équitable à travers le prisme du Pacte des Droits Politiques et Civiles de 1966

Dans l'affaire *Al-Warraq*, le requérant a soulevé un moyen assez audacieux par rapport au traitement juste et équitable en alléguant que l'État défendeur avait violé ses obligations issues du Pacte des Droits Civiles et Politiques (ci-après « PDCD »)²⁵. Ainsi, le Tribunal arbitral a eu à discuter de la pertinence du moyen dans le cadre d'un différend relatif à un investissement.

Le droit international public est éclaté en plusieurs systèmes : droit international des droits de l'homme, droit international de l'investissement, droit diplomatique, droit de la guerre, droit pénal international, etc. Ces derniers temps, avec la multiplication des sous-branches du droit international – et parfois même de leur connexion –, la doctrine se demande si ces branches sont hermétiques et existent de façon autonome au sein de l'ordre international, ou si au contraire elles pourraient se recouper. Le moyen soulevé par le requérant dans cette affaire est au cœur de cette thématique. En effet, le PDCD est un texte emblématique du droit international des droits de l'homme. Néanmoins, le Tribunal arbitral écarte rapidement cette sectorisation du texte²⁶ en rappelant que celui-ci a été reconnu comme faisant partie du droit international général²⁷, qui est une extension des droits octroyés par le droit international public aux individus²⁸ et qu'il est donc un instrument d'envergure universelle.

Par la suite, le Tribunal poursuit son analyse en indiquant qu'en ratifiant le PDCP, chaque État s'engageait aux obligations qui y sont édictées et que le principe subjacent de ces obligations était le principe de bonne foi, reconnu notamment par la Charte des Nations Unies. Par conséquent, « *the State Party undertakes to refrain from doing anything injurious to human rights and do everything to ensure respect for human rights of the individual person concerned. It is the failure to honour this obligation that amounts to a violation of the principle of good faith. And the role of Civil Society – a role reflected and replicated in decisions of international arbitral tribunals – is to keep reminding the State party to adhere to the principle of good faith, and if and when the State has failed to*

do so, to so declare in its arbitral award »[29](#).

Ainsi, le Tribunal arbitral non seulement a considéré que le PDCP était applicable en matière de droit de l'investissement pour apprécier du traitement juste et équitable que l'État d'accueil a accordé à l'investisseur, mais qu'il était de son devoir de déclarer s'il y a eu violation du principe de bonne foi, à travers une violation des obligations issues du PDCP. Cette affirmation du Tribunal soulève une interrogation dans le cas où un individu, qui serait un investisseur souverain au sens des dispositions de l'Accord de l'OCI, utilise un accord international relatif à l'investissement pour imposer le respect des droits de l'homme issus du PDCP.

iii) Imposition d'obligation à la charge de l'investisseur

La proposition générale selon laquelle un investisseur impliqué dans de graves infractions, ou violations du droit interne, ne peut pas se prévaloir des protections accordées par les instruments de protection de l'investissement n'est pas nouvelle également. En effet, la structure asymétrique de ces accords internationaux d'investissement, imposant des obligations légales aux États d'accueil mais aucune aux investisseurs, a poussé les États à avancé comme défense la turpitude des investisseurs.[30](#) Cependant, l'Accord OCI diffère des traités traditionnels d'investissement car il contient des dispositions imposant explicitement des obligations à l'investisseur.

L'article 9 dispose que : « *L'investisseur s'engage à respecter les lois et les règlements en vigueur dans le Pays Hôte et devra s'abstenir de tout ce qui est de nature à perturber l'ordre public et les mœurs et à porter atteinte à l'intérêt public. Il devra s'abstenir aussi d'entreprendre des activités contraignantes ou de réaliser des gains par des moyens illicites.* ».

L'article ne fait pas référence à une méthode particulière pour apprécier ce qui est entendu par « ordre public » ou « morale ». Il y aura donc un renvoi au droit interne.

Cet article a été appliqué dans le cadre de l'affaire *al-Warraq*. En l'espèce, après le sauvetage financier en novembre 2008 d'une banque dont le requérant M. al-Warraq était investisseur indirect, la Banque d'Indonésie a porté plainte auprès des autorités locales alléguant des irrégularités bancaires de la part du requérant. Un mandat d'arrêt est émis à son encontre un mois plus tard. Par la suite, la presse indonésienne fait état d'allégations concernant un supposé détournement de fonds reçu lors du plan de sauvetage pour financer une campagne présidentielle. La Commission d'éradication de la corruption d'Indonésie et le bureau du Procureur Général initièrent une instruction contre la banque que détenait indirectement le requérant. M. al-Warraq fut condamné par contumace de vol, corruption et blanchiment d'argent et ses biens présents sur le territoire indonésien furent confisqués. Le Tribunal arbitral a considéré que l'État hôte a commis un véritable déni de justice envers l'investisseur requérant[31](#), violant le droit de l'investisseur à un traitement juste et équitable[32](#). Néanmoins, le Tribunal arbitral édicte que « *although it has been established that the Claimant did not receive fair and equitable treatment, as set out in paragraphs 555 to 603 above however, by virtue of Article 9 of the OIC Agreement the Claimant is prevented from pursuing his claim for fair and equitable treatment* »[33](#) et invoque la doctrine des « mains propres » (« *clean hands* » doctrine » en anglais) pour écarter le moyen du requérant[34](#).

Par la suite, le Tribunal a précisé qu'en ce qui concerne l'octroi de dommages-intérêts que l'application de l'article 13 de l'Accord dépendait de l'article 9 et précise que quand bien même le requérant n'a pas reçu de traitement juste et équitable, en application de l'article 9 de l'Accord, le requérant doit être débouté de ses conclusions relatives à la violation du traitement juste et équitable[35](#). Ainsi, en manquant aux obligations que lui impose l'Accord OCI, l'investisseur ne peut prétendre à recevoir la protection tangible de son investissement, c'est-à-dire des dommages-intérêts. Mécanisme sévère mais qui se rapproche d'une transposition de la doctrine des mains propres actée de nombreuses fois.

iv) Protection contre l'expropriation large

L'article 10 de l'Accord OCI prévoit une protection assez large contre l'expropriation[36](#) qui couvre aussi bien l'expropriation directe qu'indirecte et protège non seulement l'investissement mais aussi les droits primordiaux de l'investisseur.

Dans l'affaire *al-Warraq*, le requérant avait allégué une expropriation indirecte du fait du plan de sauvetage de la banque, mais le Tribunal arbitral a écarté le moyen en rappelant que l'intervention de l'Indonésie n'avait pas eu pour effet de déposséder l'investisseur de son investissement[37](#), que la procédure suivie était légale et régulière[38](#) et que l'intervention faite correspondait à des mesures conservatoires permises conformément à l'article 10(2) (b) de l'Accord OCI[39](#).

II. – L'Accord Unifié

Autre grand accord multilatéral de protection de l'investissement, l'Accord Unifié fut signé le 26 novembre 1980 et est entré en vigueur le 7 août 1981. Il est applicable quant à lui aux États membres de la Ligue Arabe, à l'exception de l'Algérie et l'Union des Comores.[40](#)

a) La création d'une Cour Arabe d'Investissement

L'article 28 de l'Accord Unifié instaure une juridiction permanente pour connaître des différends relatifs aux investissements internationaux.

Cette création est unique puisqu'il est prévu que la cour soit composée d'au moins cinq juges et de plusieurs membres de réserve, chacun de différente nationalité arabe, désignée par le Conseil de la Ligue Arabe à partir d'une liste spécifique recensant des spécialistes juridiques arabes, dont deux d'entre eux doivent être nommés par chaque État membre au sein de personnes qualifiées pour occuper de hautes fonctions juridiques. Le Conseil désigne un des membres de la Cour comme président de celle-ci. Les membres de la Cour sont appelés à servir à temps plein lorsque la charge de travail le requiert pour un mandat renouvelable de trois mois.

Cette institution est d'autant plus intéressante qu'il y a une remise en question de la légitimité de l'arbitrage de l'investissement. En effet, le mécanisme de l'arbitrage international en droit de l'investissement est un mécanisme emprunté à la résolution des différends commerciaux. Or ce sont deux secteurs différents. Les écueils de ce mode de résolution de conflit pour l'investissement sont devenus plus accrus avec une augmentation des introductions de litiges relatifs à l'investissement devant diverses juridictions tels que le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)[41](#). Une partie de la doctrine milite pour la création de juridiction permanente pour les différends relatifs à l'investissement[42](#).

La Cour fut établie pour entendre la première affaire relative à l'Accord Unifié en 2003[43](#).

Toutefois, la Cour Arabe d'Investissement n'a pas été conçue comme une juridiction du premier degré : dans le cadre de l'Accord Unifié c'est un mécanisme de secours réservé aux cas où les parties n'ont pas réussi à s'accorder pour soumettre le différend à l'arbitrage, que les arbitres n'ont pas réussi à statuer ou que la sentence arbitrale n'a pas été exécutée dans les trois mois suivant son prononcé[44](#). Ainsi, l'Accord Unifié offre une garantie procédurale contre le risque de point mort de la procédure, propre à l'arbitrage en tant que mécanisme consensuel. En plus, les décisions de la Cour Arabe d'Investissement sont finales et revêtent de force exécutoire dans le territoire des États Contractant de l'Accord Unifié, sans besoin d'exequatur. Un exemple récent de la finalité des sentences rendues sur le fondement de l'Accord Unifié est l'affaire *al-Kharafi & Sons* : la Cour d'appel du Caire qui avait été saisi d'une demande d'annulation de la sentence arbitrale a débouté le requérant de sa demande en vertu de l'article 2(8) de l'Annexe à l'Accord[45](#).

En outre, l'article 30 de l'Accord Unifié permet l'extension de la juridiction de la Cour Arabe d'Investissement à d'autres conventions arabes d'investissement, et même à des différends relatifs à l'investissement relevant de la loi interne d'un État Contractant.

Un amendement à l'Accord Unifié a été adopté en 2013 à la suite d'une décision du Conseil Économique et Social de la Ligue arabe, qui affecte les règles de sélection de forum : elle permet aux juridictions internes des États Contractants de directement appliquer les dispositions de l'Accord. Néanmoins, si l'investisseur fait le choix des forums internes, il ne pourra plus se tourner, si débouté, vers les juridictions internationales.[46](#) L'apport de cet amendement est cependant à minimiser car il n'a pas encore été ratifié par les États Contractants de l'Accord Unifié.

b) La protection de l'investissement offerte

i) La définition d'investisseur

Conformément à l'article 1.7, un investisseur au sens de l'Accord Unifié est un citoyen arabe, qui possède un capital arabe[47](#), investi au sein du territoire d'un État Contractant dont il n'est pas ressortissant.

C'est donc une définition assez restreinte. Néanmoins, l'amendement de 2013 modifie cette définition. Initialement, un investisseur devait détenir 100 % du capital arabe, avec l'amendement, il n'est requis qu'une possession d'au moins 51 %[48](#).

ii) La définition d'investissement

L'article 1.6 de l'Accord Unifié définit l'investissement comme l'utilisation du capital arabe dans un secteur économique en développement, ayant pour but d'obtenir un retour sur le territoire de la Partie Contractante, autre que l'État dont l'investisseur est ressortissant ou pour le transfert de ce retour vers une Partie Contractante. C'est

donc une définition restrictive qui lie la notion d'investissement à un apport à l'économie de l'État hôte.

Cette conception de l'investissement n'est pas sans pareil. Le préambule de la Convention de Washington⁴⁹ dispose « [c]onsidérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux ». La notion d'investissement au sens de la convention a pu par la suite être définie comme devant contribuer au développement économique du pays d'accueil. Ce critère a été établi dans l'affaire *Salin*⁵⁰ où pour qualifier un investissement il faut que l'investissement représente un apport, porte sur une certaine durée, qu'il représente un facteur de risque et qu'il contribue de manière significative au développement économique de l'État d'accueil. Ce dernier critère est celui que l'on retrouve dans l'Accord Unifié. Il est même intervenu que la qualification d'investissement d'une opération économique ne répondant pas au critère de contribution au développement du pays soit sanctionnée⁵¹.

iii) Imposition d'obligation à la charge de l'investisseur

Tout comme dans l'Accord de l'OCI, l'Accord Unifié impose à l'investisseur des obligations. L'article 14 dispose que :

« 1. Dans tous les aspects de son activité, l'investisseur arabe doit, dans la mesure du possible, correspondre avec l'État dans lequel l'investissement est effectué et ses institutions et administrations. Il doit respecter le droit applicable de cet État d'une façon qui ne contrevienne pas au présent Accord et, dans l'établissement, la gestion et le développement des projets arabes d'investissement, il doit se conformer aux plans et programmes de développement, dressés par l'État dans le but du développement économique national, en employant tous moyens à sa disposition qui renforcent sa structure et promeuvent l'intégration économique arabe. Ce faisant, il devra s'abstenir de tout acte qui puisse porter atteinte à l'ordre public ou la morale ou impliquer des gains illégitimes.

*2. L'investisseur arabe sera tenu responsable de tout manquement aux obligations énoncées dans le paragraphe précédent conformément aux lois applicables dans l'État dans lequel l'investissement a été effectué ou dans lequel la violation est survenue. »*⁵²

Il est intéressant qu'en plus d'une obligation de probité, l'investisseur est tenu par les dispositions de l'Accord de participer au développement économique de l'État d'accueil de l'investissement. En cohésion avec sa définition de l'investissement, l'Accord Unifié est allé un pas plus loin que l'Accord OCI. Non seulement il incombe des obligations à l'investisseur, mais celui sera tenu responsable au sens de l'Accord Unifié si ce dernier venait à y manquer.

Pendant, cet article a été retiré par le biais de l'amendement de 2013⁵³.

iii) Traitement juste et équitable

Comme pour l'Accord OCI, le texte adopté en 1980 ne contenait pas de clause relative au traitement juste et équitable. Néanmoins, tout comme l'Accord OCI, l'Accord Unifié contient une clause de la nation la plus favorisée⁵⁴. Ainsi, il est également tout à fait envisageable d'importer un standard de traitement juste et équitable à travers le mécanisme de la maille d'accords relatifs à la protection de l'investissement comme il a été fait dans l'affaire *al-Warraq*. En outre, l'amendement de 2013 ajoute une clause de traitement juste et équitable⁵⁵.

iv) Protection contre l'expropriation

L'Accord Unifié offre également une garantie contre l'expropriation, mais de façon générale, la protection offerte est plus restrictive que celle offerte par des TBI ou même par l'Accord de l'OCI⁵⁶. Notamment par rapport à la compensation. L'article 9(2)(a) de l'Accord Unifié dispose que l'expropriation est possible avec une « juste » (« *fair* ») compensation, ce qui est moins restrictif pour l'État. De même, l'Accord Unifié permet que le paiement de la compensation pour expropriation soit effectué dans l'année – chose qui est peu faite dans la pratique.

v) Transfert des capitaux

Le texte initial de l'Accord Unifié ne prévoyait que dans son article que les États Parties – et non les investisseurs – puissent transférer entre eux les capitaux arabes⁵⁷.

Étant un inconvénient de taille, l'amendement de 2013 prévoit que les investisseurs pourront librement transférer les capitaux relatifs à leurs investissements, à l'exception des transferts dans le cadre des services bancaires, sans discrimination, taxation ou contrainte temporelle, sous réserve de conformité au droit applicable. Le capital pourra également être transféré dans une monnaie convertible et reconnue par le Fonds Monétaire International (FMI).

L'Accord de l'OCI et l'Accord Unifié offrent, comme nous l'avons vu, une série de protections procédurales et substantielles qui peuvent se révéler plus bénéfiques que les TBI traditionnels. Cependant, les investisseurs doivent se familiariser avec les particularités de ces instruments.

Les traités multilatéraux de la région MENA apparaissent comme une attrayante alternative, forte et viable, à la législation nationale et aux TBI. L'essor de ces deux accords présage un accroissement des investissements dans la région – les États arabes contribuant déjà positivement aux investissements interrégionaux, les deux accords étudiés ne font qu'encourager ce type d'opération.

1 – 1. Tanmiah Co. v. Tunisian Republic, Cour Arabe d'Investissement (CAI) du 12 oct. 2004, *in* Walid Ben Hamida, *The First Araba Investment Court Decision*, 7 J. World Investments & Trade 699 2006.

2 – 2. Hesham Talaat M. Al-Warraq v Republic of Indonesia, UNCITRAL, Award on Preliminary Objections (21 June 2012) and Final Award (15 December 2014)

3 – 3. Un exemple de cette garantie sont les dispositions assez classiques de l'article 7 de l'Accord de l'OCI qui dispose qu'« *au cas où une Partie Contractante se retire de l'Accord, les droits et obligations établis en vertu de cet Accord, à l'égard de l'investisseur dans cette Partie Contractante et qui pourraient avoir été établis avant la date de notification de retrait demeureront en vigueur et ne seront aucunement affectés par ce retrait.* ». L'Accord Unifié a des dispositions similaires à son article 43.

4 – 4. Voir <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/3092>

5 – 5. Al-Warraq v Indonesia, UNCITRAL, Award on Preliminary Objections (21 June 2012) § 73.

6 – 6. *Ibid.*, § 75.

7 – 7. *Ibid.*, § 75.3.

8 – 8. *Ibid.*, § 79.

9 – 9. Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 : « *Article 31. RÈGLE GÉNÉRALE D'INTERPRÉTATION. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. 2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus : a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ; b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité. 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ; b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ; c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. 4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.* »

10 – 10. Al-Warraq v Indonesia, UNCITRAL, Award on Preliminary Objections (21 June 2012), § 81.

11 – 11. Voir notamment CSOB c. Slovaquie, CIRDI, aff. n° ARB/97/4, décision sur les exceptions à la compétence du 24 mai 1999, § 17.

12 – 12. Voir notamment *Protection et Promotion des Investissements*, de Lavieq J.-P., *Chap. I. Définitions des investissements étrangers*.

13 – 13. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt C.I.J., Recueil 1970, p. 3, § 70.

14 – 14. Article 1.4 : « *Capital : Tous les avoirs (comprenant tout ce qui peut être évalué [sic] en monnaie) appartenant à une Partie Contractante ou à ses ressortissants, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales, et se trouvant dans les territoires d'une autre Partie Contractante, soit par suite d'un transfert ou d'une réalisation sur place, qu'ils soient biens meubles ou immeubles, en monnaie ou en nature, sous forme corporelle ou incorporelle, avec tous les droits et réclamations qui s'y rapportent y compris les bénéfices découlant des biens et actions en indivis, ainsi que les biens incorporels.* » Article 1.5 : « *Investissement : L'emploi du capital dans l'un des domaines autorisés dans le territoire d'une Partie Contractante en vue de réaliser un revenu rémunérateur ou le transfert du capital à cette fin vers ce territoire conformément aux dispositions de cet Accord ;* ».

15 – 15. Al-Warraq v. Indonesia, UNCITRAL, Final Award (15 décembre 2014), § 503 et § 511.

16 – 16. Voir notamment Gaukrodger, D. (2014), « *Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice* », OECD Working Papers on International Investment, 2014/03, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/5jxvk6shpvs4-en>

17 – 17. Voir OCDE (2004), « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », Éditions OCDE, <http://dx.doi.org/10.1787/616018623408>

18 – 18. Article 8.1 : « *Les investissements appartenant à n'importe quelle Partie Contractante jouiront, dans le contexte de l'activité économique où ils auront engagé leurs investissements sur le territoire d'une autre Partie Contractante, d'un traitement qui ne sera pas inférieur à celui octroyé aux investisseurs appartenant à un autre État non partie dudit Accord dans le cadre de cette même activité. Ils auront les mêmes droits et privilèges que ceux reconnus à ces derniers.* ».

19 – 19. Al-Warraq v. Indonesia, UNCITRAL, Final Award (15 décembre 2014), §§ 542-543.

20 – 20. Pope & Talbot inc. V. Government of Canada (Sentence du Tribunal - 10 avril 2001)

21 – 21. MTD Chile S.A. v Republic of Chile, ICSID Case No ARB/01/7, Award (25 mai 2004)

22 - Al-Warraq v. Indonesia, UNCITRAL, Final Award (15 décembre 2014), §§ 544-553.

23 - 23. *Ibid.* § 554.

24 - 24. *Ibid.* § 555.

25 - 25. *Ibid.* §§ 177 *et seq.*

26 - 26. *Ibid.* §§ 558 et 559.

27 - 27. Aff. Jean Bosco, Décision de la CPI du 3 novembre 1999, § 40.

28 - 28. Voir notamment aff. Danziq - Décision de la CPJI, 1925.

29 - 29. Al-Warraq v. Indonesia, UNCITRAL, Final Award (15 décembre 2014), § 560.

30 - 30. Case Comment, Hesham M. Al-Warraq v. Republic of Indonesia, *Imposing International Obligations on Foreign Investors*, Newcombe A. et Marcoux J.-M., in *ICSID Review*, Vol. 30, No. 3 (2015), pp. 525-532.

31 - 31. Al-Warraq v. Indonesia, UNCITRAL, Final Award (15 décembre 2014), §§ 581, 584, 588 et 604.

32 - 32. *Ibid.* § 621 « *the Tribunal is of the view that denial of justice constitutes a clear violation of the FET standard. Failure to comply with the most basic elements of justice when conducting a criminal proceeding against an investor amounts to a breach of the investment treaty. The Tribunal concludes that in the present case, the Claimant was not properly notified of the criminal charges against him, he was tried and convicted in absentia and the sentence was not properly notified to the Claimant. The Claimant was not able to appoint legal counsel and was not able to appeal his sentence. The Tribunal concludes, therefore, that the Claimant did not receive fair and equitable treatment [...] ».*

33 - 33. *Ibid.* § 648.

34 - 34. *Ibid.* § 646.

35 - 35. *Ibid.* § 652.

36 - 36. Article 10 de l'Accord de l'OCI : « 1. *L'État Hôte s'engage à ne pas adopter ou permettre d'adopter tant par lui-même qu'à travers l'un de ses organismes, institutions ou autorités locales, une mesure qui risquerait de porter atteinte directement ou indirectement au titre de propriété de l'investisseur, de son capital ou de son investissement, et ce, en le privant totalement ou partiellement de son titre de propriété ou de tout ou partie de ses droits primordiaux, ou d'exercer ses prérogatives habituelle en ce qui concerne la propriété, la possession ou l'emploi de son capital ou de contrôler réellement ou de gérer son investissement ou d'en recueillir les avantages pu d'en tirer profit ou d'en réaliser les bénéfices ou d'en assurer le développement.*2. *Il sera cependant permis : a) d'exproprier l'investissement pour l'intérêt et l'utilité publics conformément à la loi, sans discrimination et sur le versement prompt d'une compensation adéquate et efficace à l'investisseur [sic] ait le droit de recours contre l'action d'expropriation devant la cour compétente de l'État Hôte, b) de prendre des mesures conservatoires basées sur des ordonnances émises par une autorité judiciaire compétente, ainsi que des mesures d'exécution ayant trait aux jugements rendus par des autorités judiciaires compétentes. ».*

37 - 37. Al-Warraq v. Indonesia, UNCITRAL, Final Award (15 décembre 2014), § 524.

38 - 38. *Ibid.* § 530 et § 536.

39 - 39. *Ibid.* § 539.

40 - 40. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/3087>.

41 - 41. Garcia-Bolivar O.E. ; "Permanent Investment Tribunals: The Momentum is Building Up", TDM 1 (2014) www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2064

42 - 42. Voir notamment van Harten G., "A Case for an International Investment Court", in Inaugural Conference of the Society for International Economic Law, 16 July 2006 ; Nowrot K., "International Investment Law and the Republic of Ecuador : From Arbitral Bilateralism to Judicial Regionalism", *Essays on Transnational Economic Law*, Martin Luther University, 2010.

43 - 43. Aff. Tanmiah Co. v. Tunisia - in *Discussio of the Case* : Ben Hamida Walid, « The First Arab Investment Court Decision » (2006) 7 JWIT 699).

44 - 44. C'est ainsi que d'autres juridictions, comme des juridictions ad hoc, ont pu connaître de litiges relatifs à l'Accord Unifié ; voir notamment Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons v. Lybia and others, Final Award, 22 mars 2013, arbitrage *ad hoc*.

45 - 45. Mechantaf K., "A blast from the past... the 'unifeied Arab investment treaty' and finality of arbitration awards", Kluwer Arbitration Blog, 13 November 2014, <http://kluwerarbitrationblog.com/2014/11/14/a-blast-from-the-past-the-unified-arab-investment-treaty-and-finality-of-arbitration-awards/>

46 - 46. "An Overview of the Amended Unified Agreement on the Investment of the Arab Capital in the Arab States", Omani Law Blog, Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP, 20 novembre 2014, <http://omanlawblog.curtis.com/2014/11/an-overview-of-amended-unified.html>

47 - 47. Lui-même définit à l'article 1.5 comme étant un bien possédé par un citoyen arabe qui comprend tout droit matériel ou immatériel qui peut être évalué en liquidité, dont des dépôts bancaires et des investissement financiers.

48 - 48. "An Overview of the Amended Unified Agreement on the Investment of the Arab Capital in the Arab States", Omani Law Blog, Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP, 20 novembre 2014, <http://omanlawblog.curtis.com/2014/11/an-overview-of-amended-unified.html>

49 - 49. Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et Ressortissants d'autres États ; conclue à Washington le 18 mars 1965.

- 50 – Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 juillet 2001
– See more at: <https://www.italaw.com/cases/documents/959#sthash.niEFG69J.dpuf>
- 51 – 51. Voir notamment Mr. Patrick Mitchell v. the Democratic Republic of Congo, Decision on the Application for Annulment of the Award, 1^{er} novembre 2006 (Affaire CIRDI no. ZRB/99/7) § 28-27 et particulièrement § 46 : « [...] *It is an arbitrary reference [...] to the returns collected by the Claimant in the United States being treated as an element constituting the investment, which runs counter to the clear and precise provision of the Treaty and compounds reasoning which is already incomplete and obscure. The ad hoc Committee is thus inclined to believe that the Arbitral Tribunal forced the concept of investment in the case at hand in order to affirm its jurisdiction. [...]*” (soulignement ajouté par nos soins).
- 52 – 52. « 1. *In the various aspects of his activity, the Arab investor must, as far as possible, liaise with the State in which the investment is made and with its various institutions and authorities. He must respect its laws and regulations in a manner consistent with this Agreement and, in establishing, administering and developing Arab investment projects, must comply with the development plans and programmes drawn up by the State for the purpose of national economic development by employing all means which reinforce its structure and promote Arab economic integration. In so doing, he shall refrain from any action which might violate public order and morality or involve illegitimate gains.* 2. *The Arab investor shall bear liability for any breach of the obligations set forth in the preceding paragraph in accordance with the law in force in the State in which the investment is made or in which the breach occurs.* » <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2394>
- 53 – 53. “An Overview of the Amended Unified Agreement on the Investment of the Arab Capital in the Arab States”, Omani Law Blog, Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP, 20 novembre 2014, <http://omanlawblog.curtis.com/2014/11/an-overview-of-amended-unified.html>
- 54 – 54. Article 6 : « 1. *In accordance with the provision of the preceding article, in the State Party where the investment is made, the capital of the Arab investor shall, without discrimination, be treated in the same manner as capital owned by the citizens of that State. It shall automatically acquire identical legal status in terms of rights, obligations, regulations and procedures, although this shall not apply to any additional concessions which the State Party may accord to an Arab investment.* 2. *The Arab investor shall, however, be entitled to opt for any other manner of treatment which is laid down in general provisions in force in the State where the investment is made under a law or an international agreement and which is applicable to a non-Arab investment in a similar field. This shall not include any privileged treatment accorded by the State in respect of specific projects which are of particular importance to that State.* »
- 55 – 55. “An Overview of the Amended Unified Agreement on the Investment of the Arab Capital in the Arab States”, Omani Law Blog, Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP, 20 novembre 2014, <http://omanlawblog.curtis.com/2014/11/an-overview-of-amended-unified.html>
- 56 – 56. Alrashid M. N. and Carpentieri L., ‘The Revival of Islamic and Middle East Regional Investment Treaties : A New Way Forward ?’, in Transnational Dispute Management, ISSN : 1875-4120, Vol. 2, issue 2, March 2015.
- 57 – 57. Article 2 : « *The States Parties to this Agreement shall, within the framework of its provisions, be permitted to transfer Arab capital freely between them and to promote and facilitate its investment according to the economic development plans and programmes within the States Parties and in a manner beneficial to the host State and the investor. They shall undertake to protect the investor, safeguard his investment and its related revenues and rights and, to the extent possible, to ensure the stability of the pertinent legal provisions.* ».