

**« La protection juridique et judiciaire des investissements »
Séminaire organisé par l'UIA à Alger, 7 et 8 février 2020**

**Troisième séance du 7 février 2020 (15h45-17h00) :
« le rôle des modes alternatifs de règlement des litiges
dans le développement de l'investissement »**

Intervention sur le thème :

**« L'existence d'un cadre juridique favorable aux modes alternatifs de règlement des
conflits : facteur d'attractivité des investissements étrangers »**

I. Définition de l'investissement international

1. L'investissement compte parmi les notions économiques ayant acquis droit de cité dans le domaine juridique. Pour se limiter à l'ordre international, ce phénomène d'emprunt est apparu pour la première fois en 1928.

2. À l'heure actuelle, il n'existe pas de définition unique et globale de l'investissement international.

Cela ne saurait surprendre dès lors qu'il n'existe aucun instrument juridique multilatéral unique couvrant l'investissement international dans son ensemble, mais seulement une multiplicité de conventions et accords épars qui, chacun, suivent une logique et une finalité propres.

3. L'investissement est analysé de deux points de vue : l'un économique et l'autre juridique.

Cela est logique dès lors qu'analyse économique et juridique ne coïncident pas, les deux disciplines ne poursuivant pas les mêmes objectifs :

- L'économiste s'intéresse à la formation de l'investissement et à ses incidences, tant du point de vue microéconomique (c'est-à-dire au niveau de l'entreprise) que macroéconomique (c'est-à-dire à un niveau plus large, qu'il soit local, régional, national ou international) ;

La notion d'investissement tourne ici autour de l'idée de formation de capital, c'est-à-dire d'un bien durable, ce qui la différencie de celle de consommation immédiate de biens ou services.

- Le juriste, pour sa part, s'intéresse au régime juridique de l'opération d'investissement (c'est-à-dire aux conditions présidant à sa constitution, à son développement et à sa disparition).

II. Types d'investissements étrangers

4. Dans ce cadre, les investissements étrangers sont traditionnellement classés en deux catégories : investissements directs étrangers (IDE) et investissements de portefeuille étrangers (IPE)

4.1. Les transactions d'IDE se font principalement de trois façons :

- **Projet Greenfield** : quand une société mère crée une filiale dans un pays différent, en développant ses activités à partir de la base.

Outre la construction de nouvelles installations de production, ces projets peuvent également inclure la construction de nouveaux centres de distribution, de bureaux, de locaux d'habitation...

- **Joint-Ventures** : une entreprise commune (JV) est un accord commercial par lequel deux ou plusieurs parties conviennent de mettre en commun leurs ressources dans le but d'accomplir une tâche spécifique. Cette tâche peut être un nouveau projet ou toute autre activité commerciale.
- **Fusions et acquisitions** (M&A), à savoir la consolidation de sociétés ou d'actifs par le biais de divers types d'opérations financières, notamment les fusions, les acquisitions, les regroupements, les appels d'offres...

4.2. L'IPE constitue pour sa part un investissement réalisé dans une économie étrangère par un investisseur qui ne vise pas à jouer un rôle dans la gestion d'une quelconque organisation.

Les investisseurs de portefeuille étrangers achètent des titres dans un autre pays, qui sont très liquides et peuvent facilement trouver des acheteurs en cas de besoin. Ces titres comprennent des instruments tels que des actions ou des obligations.

L'investissement de portefeuille à l'étranger peut être réalisé avec des plans de maintien de l'actif à long terme et ces investissements sont motivés par le taux de croissance de l'économie, la stabilité macroéconomique, les taux d'intérêt, etc.

III. Freins auxquels l'investisseur étranger est confronté

5. Dans cette réalité multiforme et fluctuante que constitue l'investissement, l'investisseur analyse plusieurs aspects afin de choisir dans quel pays et dans quel projet il va investir, en fonction des ressources (infrastructures, et autres) dont il a besoin pour mener à bien son opération et des spécificités de celle-ci.

À titre d'exemple, il peut évaluer la rentabilité du secteur économique dans lequel il veut investir, le potentiel de création de valeur à un horizon de 2 à 7 ans, le potentiel de cession des titres à terme, la transparence du secteur public, les modalités de l'opération d'investissement, la stabilité du contexte macroéconomique, etc.

6. Dans cet exercice, il est confronté à une multitude de freins et risques liés à l'État d'accueil, lesquels sont, par exemple :

- **Les turbulences politiques et économiques.** Par exemple : la nationalisation par le Brésil d'une partie de sa plus grande compagnie pétrolière – *Petroleo Brasileiro* – s'est faite dans des conditions telles qu'elles ont fait perdre de l'argent à de nombreux investisseurs. Un scandale de corruption ultérieur impliquant la société a par ailleurs accentué la chute du cours des actions de la société.
- **L'accessibilité et la disponibilité des informations relatives au pays et au marché,** étant donné qu'il s'agit d'un marché étranger inconnu à l'investisseur, qui a très souvent recourt à des intermédiaires pour le mieux connaître.
- **Les fluctuations des taux de change,** puisque les investisseurs ne savent pas le taux de change futur au moment de la liquidation de leur investissement.

7. À ces facteurs qui peuvent avoir une incidence considérable sur les grandes transactions internationales viennent s'ajouter **la complexité de la législation,** notamment fiscale, et **la rigidité aux plans administratif et réglementaire,** qui constituent d'autres raisons de premier ordre susceptibles de réfréner les velléités d'investissements d'agents économiques étrangers.

Toute opération économique et tout investissement, qu'il s'agisse de vente, d'implantation, de cession de savoir-faire, de recrutement (etc.) pose, au plan juridique, des problèmes particuliers lorsqu'elle est réalisée à l'étranger.

La question se posera notamment de savoir ce qu'il adviendra en cas de litige avec le co-contractant de l'investisseur, de sorte que le fait d'assurer un climat de sécurité juridique est de nature à rassurer les investisseurs potentiels en les incitant à choisir tel pays plutôt qu'un autre.

IV. La médiation en tant que facteur d'attractivité des investissements étrangers

8. L'élaboration de traités internationaux d'investissements – qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux – au moyen desquels les Etats harmonisent leurs législations en adoptant des solutions appropriées, a permis d'en améliorer la sécurité juridique dans les relations entre les investisseurs et les États d'accueil.

La plupart du temps, ces conventions contiennent en effet des dispositions en matière de règlement des litiges susceptibles de survenir entre un État contractant (ou un démembrement de celui-ci) et l'investisseur, ressortissant d'un autre État partie à la convention.

9. A ce titre, la voie judiciaire – le recours aux tribunaux étatiques – si elle est la plus classique, est de plus en plus négligée au profit de solutions plus souples et/ou plus rapides, qu'il s'agisse de la voie amiable ou la voie arbitrale.

Une telle inclinaison peut se justifier au vu des inconvénients que la justice étatique présente, créant presque automatiquement un déséquilibre entre les parties – le juge étant le plus souvent celui du pays de l'État d'accueil, suivant des règles de procédure locales qui peuvent parfois apparaître assez « exotiques » au cocontractant étranger.

Par ailleurs, de nombreux pays souhaitant attirer les investisseurs pâtissent d'une justice d'Etat n'inspirant qu'une confiance relative en raison de la longueur des procédures, du manque d'expérience des magistrats, de la bureaucratie, de l'insécurité juridique – voire de la corruption ou du népotisme.

10. C'est pour pallier ces inconvénients que d'autres modes de règlement de litiges ont vu le jour et se sont développés, notamment l'arbitrage – lequel demeure toutefois fondé sur une articulation des demandes en droit et l'allocation de compensations financières en cas de victoire, outre son coût sa sophistication que de nombreux acteurs du monde des affaires jugent excessif aujourd'hui.

Si l'arbitrage constitue un mode universellement répandu pour la résolution des différends en matière d'investissement, il semble souhaitable et même nécessaire de développer la palette des moyens à la disposition des parties pour solutionner leur conflit dans des conditions satisfaisantes, tant en termes de coût et de temps nécessaire pour l'obtention d'une décision – et son exécution (...) – mais également de cohérence et de pertinence de la solution trouvée.

11. Tel qu'il est pratiqué aujourd'hui, le système manque en effet de la souplesse nécessaire pour soutenir des relations complexes à long terme et leur évolution dans un environnement économique, politique et technologique en constante mutation.

12. La médiation – qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle – constitue bien un tel moyen, susceptible de répondre tout à la fois à ce besoin de flexibilité et de pallier les contraintes induites par le traitement contentieux des conflits.

13. A ce titre, une étude menée en 2006 a établi que pour un litige du même montant, l'arbitrage pouvait durer de 6 à 12 fois plus de temps que la médiation et coûter de 7 à 12 fois plus cher.¹

14. La médiation est un processus confidentiel et non contraignant (volontaire et fondé sur la libre adhésion des parties) qui intervient en dehors d'un procès judiciaire ou arbitral (ou en marge de celui-ci) au cours duquel les parties œuvrent à la résolution de leur différend avec l'aide d'un tiers neutre, indépendant et impartial appelé médiateur.

Il s'agit « [d']une justice collaborative, consensuelle, dont le fruit prendra la forme d'un accord voulu par les parties en litige, et par conséquent mieux accepté par elles, ce qui mène à une autre qualité de la justice participative, à savoir son efficacité, en même temps que la responsabilisation de ses acteurs, qui vivent ainsi mieux leur conflit, plutôt que de le subir »².

15. Par sa démarche, sa finalité, mais également la position dans laquelle elle place les parties et la totale liberté qu'elle leur offre pour parvenir à une solution adaptée à leurs besoins respectifs, la médiation permet de préserver les relations, tout en les rééquilibrant.

¹ E. CARROLL and K. MACKIE, *International Mediation - The Art of Business Diplomacy* (2nd ed, Alphen aan den Rijn and West Sussex: Kluwer Law International and Tottel Publishing 2006 at 69-70 (referenced in Nadja Alexander, *International and Comparative Mediation: Legal Perspectives*, Wolters Kluwer Law & Business, p.50).

² F. LECLERC. L'avancée des M.A.R.C. : ordre ou désordre ? Contribution à une théorie générale des M.A.R.C., in *Les Modes alternatifs de règlement des conflits*, Les annales de l'université d'Alger 1, Colloque International, 2014, p. 7

Outre qu'elle privilégie l'écoute et le respect mutuel, la médiation sépare les questions de personne du différend et se concentre sur les intérêts communs et opposés des parties plutôt que sur leurs positions déclarées respectives pour sortir des situations de blocage.

Elle est donc un outil adapté pour les acteurs économiques et de nature à rassurer les investisseurs (par exemple affaire : *Vattenfal c/ Polskie Sieci Elektroenergetyczne (PSE)*³).

Pour autant que les acteurs de l'opération d'investissement connaissent la médiation et en aient bien saisi l'intérêt, l'existence d'un cadre juridique favorable à la médiation est de nature à stimuler les investissements étrangers, le tout dans un contexte plus large de développement de la justice transactionnelle au niveau international.

16. C'est justement ce contexte international qui s'avère porteur pour la médiation – en réponse à la demande exprimée par les acteurs économiques – avec l'élaboration de cadres juridiques lui donnant toute sa place.

L'on citera notamment la convention de Singapour d'août 2019 sur l'exécution à l'étranger des accords issus de la médiation, destinée à faciliter le commerce international et à promouvoir la médiation comme mode alternatif et efficace de règlement des litiges commerciaux en apportant sécurité et stabilité au régime international de la médiation.

En substance, la convention oblige les Etats signataires et leurs juridictions à adopter les mesures nécessaires pour que soient reconnus et exécutés les accords de médiation à l'échelle internationale. Ils y sont incités par le choix fait par les rédacteurs du texte d'opter pour une définition souple et flexible de la médiation⁴ et du nombre limité de conditions à satisfaire pour l'exécution de l'accord de résultant de la médiation.

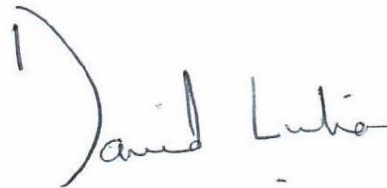
³ Affaire *Vattenfal c/ Polskie Sieci Elektroenergetyczne (PSE)* : litige entre une compagnie d'électricité publique suédoise et une compagnie d'électricité intégrée de l'État polonais concernant un contrat à long terme en vertu duquel Vattenfal devait financer et construire un interconnecteur pour le transport de l'énergie entre la Suède et la Pologne. Les parties ont décidé de commencer une médiation et ont désigné Thomas Walde comme médiateur afin de trouver une solution satisfaisante. Pendant les 75 premiers jours, le médiateur a organisé des consultations *ex-parte* et des réunions avec les parties. Ensuite, le médiateur a eu des entretiens avec des tiers tels que des entités gouvernementales, des fonctionnaires de la Commission européenne et des régulateurs des deux pays. Au bout de 100 jours, les parties sont parvenues à un accord et un nouvel équilibre contractuel a été établi, ce qui a permis de poursuivre la relation entre les parties.

En ce sens :V. G. RUSCALLA, 'Latest developments in conciliation and mediation in investor-state disputes', in João Bosco Lee and Flavia Mange (eds), *Revista Brasileira de Arbitragem*, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB; Kluwer Law International 2019, Volume XVI Issue 63) pp. 96 – 112, p. 107

⁴ Définie à son article 2, alinéa 3, comme « un processus, quels qu'en soient la dénomination ou le fondement, par lequel les parties cherchent à parvenir à un règlement amiable de leur différend avec l'aide d'un ou de plusieurs tiers (« le médiateur ») qui n'ont pas le pouvoir de leur imposer une solution ».

Aujourd'hui signé par 51 Etats, cet instrument constitue un évènement majeur pour inscrire la médiation dans l'univers de la résolution des conflits et répandre son utilisation de par le monde, œuvrant ainsi au développement d'une justice transactionnelle au niveau international – mouvement dans lequel l'Algérie gagnerait à s'inscrire dans le souci de renforcer son attractivité aux yeux des investisseurs étrangers.

Cela est d'autant plus vrai que les Etats – et notamment ceux ayant un niveau de développement économique comparable – se livrent aujourd'hui à une concurrence puissante pour attirer les investisseurs pour les besoins du financement de leur développement – d'où la nécessité impérieuse de restreindre les obstacles susceptibles d'entraver l'investissement.

A handwritten signature in black ink, reading "David Lutran". The signature is written in a cursive style with a large initial 'D'.

David Lutran

Avocat au Barreau de Paris / Médiateur