

Université Babes-Bolyai Cluj-Napoca

Faculté de Droit

Les outils pour la mise en œuvre de l'investissement à l'étranger

Thèse de doctorat (Résumé)

Encadreur de doctorat : Prof. Univ. dr . Paul Vasilescu

Doctorand : Chayma Zouaghi

Cluj-Napoca

2017

Résumé

Résumé de la Thèse de Doctorat

Les outils pour la mise en œuvre de l'investissement à l'étranger

Par la présente Thèse nous nous sommes proposé d'aborder un sujet complexe, c'est à dire les outils qui entrent dans la mise en œuvre de l'investissement à l'étranger, et plus particulièrement la réglementation qui encadre la relation entre l'investisseur étranger et l'Etat d'accueil. Nous avons analysé les éléments qui tournent de la sphère de l'investissement étranger.

Notre Thèse comprend, du point de vue de sa structure, deux parties principales qui sont relativement équilibrés, auxquelles nous avons attaché une Introduction, une conclusion générale, ainsi qu'une bibliographie qui comprenne les plus nouveaux et anciens ouvrages dans ce domaine de la doctrine juridique tunisienne ainsi que la doctrine étrangère.

Dans notre thèse nous avons bien décrit les éléments qui entrent dans l'opération d'investir à l'étranger.

Dans la première partie nous avons traité les outils procédurales relatif à la mise en œuvre de l'investissement étranger.

En effet, le droit international des investissements n'est plus limité aux principes coutumiers relatif à la protection des investisseurs nationaux et ceux non nationaux, mais il s'est propagé aux techniques des accords d'investissement dont le contrat constitue l'outil principal reliant l'investisseur étranger au pays d'accueil.

Nous avons pu observer dans cette partie que les contrats conclus entre un Etat hôte et un investisseur étranger, sont caractérisés par le caractère de la subordination. L'Etat possède certains moyen « exorbitants » qui lui permettent de faire dominer l'intérêt général sur ses obligations contractuelles.

Nous avons examiné au sein de cette première partie les éventuelles obligations de l'Etat d'accueil vis-à-vis de l'investisseur étranger dans un titre première ainsi que les exceptions qui les entourent ; et dans un titre deux, les outils techniques qui encadre cette relation de subordination d'une part et d'assistance de l'autre part.

Dans le titre premier de la première partie, nous avons divisé notre travail en deux chapitres, le premier chapitre est intitulé « Manifestations du traitement et de la protection de l'investisseur étranger par l'Etat d'accueil », divisé en deux sections.

Nous avons consacré une section première pour examiner les garanties d'admission des investissements étrangers qui sont de deux ordres. Les garanties de droit, ou les garanties légales consacrées par le législateur de l'Etat d'accueil à travers l'adoption d'un régime d'accès libéral et incitatif et des garanties de nature administrative qui ont le but de simplifier et d'accélérer l'accès des investisseurs étrangers au territoire de l'Etat d'accueil.

Dans la section deuxième, nous avons effectué une analyse des garanties relatives au traitement et protection de l'investissement étranger.

L'examen des différents traités conclus relatifs à l'investissement a montré que l'Etat d'accueil optes toujours pour un régime de traitement contenant des standards de traitement à valeur internationale dont ces règles internationales de traitement sont consacrées aussi sur le plan interne pour l'Etat d'accueil.

Le régime d'accueil des investissements étrangers est d'apparence libéral et incitatif, alors qu'au fond il souffre des aléas très divers pour cela, nous avons consacré un deuxième chapitre pour les restrictions sont de deux sortes pour cela nous avons divisée ce chapitre en deux sections, la première sera consacrée aux restrictions traditionnelles dont la notion de la souveraineté de l'Etat, l'ordre public joue le rôle principal. La deuxième section de ce deuxième chapitre a été consacrée pour les restrictions particulières relatives au traitement de l'investissement étranger, des restrictions particulières liées à l'intérêt spécifique.

Dans le deuxième titre de la première partie de notre thèse, nous avons analysé les outils techniques relatifs à la mise en œuvre de l'investissement étranger.

Le premier chapitre de ce titre est consacré à l'investissement international entre le contrat et la convention, il est divisé en deux sections, la première section concerne la nature juridique des contrats d'investissement, alors que la deuxième section est consacrée aux conventions internationales comme garanties juridictionnelles à l'investissement.

Le deuxième chapitre, nous l'avons consacré à l'internalisation du contrat d'investissement.

Dans ce contexte, la doctrine n'a pas fixé un critère spécifique pour conférer le statut international aux contrats d'investissements pour cela, nous avons adopté une division qui comprenne deux sections, la première fixe les critères d'internationalisation du contrat d'investissement et la deuxième section souligne l'incidence de l'internationalisation du contrat d'investissement sur l'ordre juridique international.

Dans la deuxième partie de notre thèse, nous avons traité l'outil arbitral relatif à la mise en œuvre de l'investissement étranger. Le système juridique de l'arbitrage international vise à régler les différents pour accords des paries de mener ce conflit à une ou plusieurs personnes afin de trouver une solution.

La possibilité du recours à l'arbitrage pour les différends qui pourraient naitre dans le cadre d'un investissement est considérée comme une protection nécessaire pour les investisseurs étrangers.

Nous avons analysé en deux chapitres l'efficacité réelle de l'arbitrage international.

Dans un premier chapitre intitulé « l'efficacité de l'arbitrage en matière d'investissement étranger ». Nous avons montré dans une section première comment l'arbitrage international est considéré comme une garantie procédurale à l'investissement étranger, il forme souvent une protection contre l'aléa juridique à travers différents instruments.

L'analyse montre l'efficacité de l'arbitrage international dans la résolution des litiges relatifs à l'investissement. Mais malgré son succès l'arbitrage international est critiqué quelques fois par les ONG, le public et même par les investisseurs eux même qui croiraient avoir trouver la solution magique pour tous problèmes.

Nous avons examiné dans une deuxième section le rôle incitatif jouait par l'arbitrage. Ce rôle incitatif se manifeste dans l'accueil des conventions et dispositions relatifs à l'arbitrage international.

On a pu observer dans ce chapitre que sur le plan pratique, l'exécution de la sentence arbitrale est l'étape la plus importante de l'arbitrage car c'est à travers elle qu'en mesure l'efficacité de l'institution arbitrale.

Dans le deuxième chapitre du titre premier de la deuxième partie de la thèse, nous avons examiné l'imperfection du système actuel de l'arbitrage international. Le recours à l'arbitrage en matière d'investissement international montre quelques fois une imperfection partie de système actuel de ce dernier que nous l'avons constaté au sein de la première section de ce chapitre. Cette imperfection nécessite des solutions intelligentes comme l'amélioration des modalités de fonctionnement du système arbitral et l'introduction des garanties juridiques pour les investisseurs étrangers que nous l'avons traité dans la deuxième section de ce chapitre.

Souvent l'efficacité de l'arbitrage dépend de sa nature mais quelques fois elle dépend des restrictions extérieures. Pour cela nous avons consacré le deuxième titre de la deuxième partie de notre thèse à examiner les restrictions au domaine de l'arbitrage international.

Pour cela on a divisé le travail en deux chapitres, le premier nous l'avons consacré aux restrictions relatives au nature de l'arbitrage comme étant un mode de règlement des différends de type exceptionnel face aux juridictions parallèles.

Au terme de l'analyse que nous avons faite au sein de notre thèse, on a pu conclure que la mise en œuvre de l'investissement sur un Etat d'accueil dépend de la réunion de plusieurs éléments et un système économique réussi est souvent un système qui fait l'équilibre entre la sphère de puissance privé et publique.

Enfin, on a souligné que la garantie les plus solides, les règles les plus équitables, les législations les plus séduisantes sont impuissantes à convaincre les opérateurs économiques ou les responsables politiques, si l'éventuelle décision d'investissement ne bénéficie pas d'un environnement favorable alors qu'aucun système législatif favorable à l'investissement ne peut se substituer à une stabilité politique et sociale d'un pays donné.

Ils nous semblent que les évolutions récentes en droit des investissements sont à même d'inspirer des mécanismes nouveaux à la mise en œuvre de l'investissement étranger et à la possibilité d'attribuer un litige entre investisseurs étrangers et Etats d'accueil en se fondant sur un texte unique qui serait « le code international d'investissement ».

Nous espérons que par le volume de travail déposé, par notre effort d'offrir une analyse claire sur le sujet de notre thèse, nous avons réussi de clarifier au moins partiellement, quels sont les outils de la mise en œuvre de l'investissement à l'étranger ainsi que les restrictions qui les entourent et surtout, le rôle jouait pour l'arbitrage dans ce cadre.

Mots clés : L'investissement , L'Etat d'accueil, Convention et accord, L'arbitrage international, L'ordre public, Souveraineté, Restriction .

Table des matières

– Introduction -.....	1
-Première Partie- L’outil procédural relatif à la mise en œuvre de l’investissement étranger.....	12
Titre I: Les obligations de l’Etat d’accueil vis-à-vis de l’investisseur étranger.....	15
Chapitre 1 : Manifestations du traitement et de la protection de l’investisseur étranger par l’Etat d’accueil.....	16
Section 1 : la consécration d’un régime d’accès libéral et incitatif :.....	16
Sous-section 1 : les garanties d’admission des investissements étrangers :.....	17
1-Les conditions d’admission de l’investissement étranger.....	17
2-La garantie de stabilité juridique du statut de l’investisseur étranger.....	20
Sous section2 : les garanties administratives d’admission.....	23
1- La mise en place du principe de liberté d’investir	24
2-La consécration d’un régime procédural favorable à l’investissement étranger.....	28
Section 2 : Les garanties relatives au traitement et protection de l’investissement étranger:..	30
Sous section1 : Le traitement des investissements étrangers par l’Etat d’accueil	30
1-La mise en œuvre des standards de traitement à valeur internationale.....	31
2-Le renforcement des garanties de traitement par la combinaison de leurs standards	36
Sous section2 : les garanties de traitement relatives aux avantages fiscaux en droit interne	45
1-L’étendue des garanties fiscales	46
a- Les incitations communes.....	46
b- Les incitations spécifiques et supplémentaires.....	48

2- L'effet limité des avantages fiscaux	50
Chapitre 2 : Les restrictions au principe de traitement de l'investisseur étranger	52
Section 1 : Les restrictions traditionnelles au traitement de l'investissement étranger :... ..	53
Sous-section 1: Les restrictions radicales relatives au traitement de l'investisseur étranger....	53
1- Le pouvoir souverain de l'Etat d'accueil : L'ordre public.....	53
2-Les droits de l'homme : une limite à la liberté d'investissement.....	56
a- L'adoption du principe de droit de l'homme	56
b-La mise en œuvre du principe de droit de l'homme.....	59
Sous-section 2 : Les restrictions sécuritaires relatives au traitement de l'investissement étranger	62
1-L'exception de la défense de la moralité publique	62
2-La protection de la sécurité et de la santé	65
Section 2 : les restrictions particulières relatives au traitement de l'investissement étranger	72
Sous-section 1 : Les restrictions particulières liées à l'intérêt général	72
1-Les exportations.....	72
a-L 'expropriation directe	73
b-L 'expropriation indirecte	79
2-Les restrictions basées sur des considérations économiques	84
a- L'état de nécessité	84
b-Les exceptions de développement.....	92
Sous-section 2 : les restrictions particulières liées à l'intérêt spécifique	96
1-L'instauration des exceptions substantielles	96

a-Les exceptions par domaine.....	96
b- Les exceptions par pays	101
2- l'instauration des exceptions procédurales	106
a-L 'alternative du double recours.....	106
b- L'éviction du TN en présence du CNPF.....	111
Conclusion chapitre 2.....	118
Titre II :Les outils techniques relatifs à la mise en œuvre de l'investissement étranger.	119
Chapitre 1 : L'investissement international entre le contrat et la convention internationale	120
Section 1 : La nature juridique des contrats d'investissement	120
Sous-Section 1 : Les contrats d'investissement sont des conventions internationales	120
Sous-Section 2 : La nature spéciale des contrats d'investissements internationaux.....	122
1-Les contrats d'investissement : des contrats administratifs	122
2-Le contrat international d'investissement : un contrat civil	122
Section 2 : les conventions internationales comme garanties juridictionnelles à	
L'investissement.....	123
Sous-section 1 : Les conventions internationales à portée régionale	124
Sous-section 2 : Les conventions internationales à portée universelle.....	126
Chapitre 2 : L'internationalisation du contrat d'investissement	130
Section 1 : Les critères d'internationalisation du contrat d'investissement	130
Sous-section 1 : Le critère juridique d'internationalisation du contrat d'investissement.....	130
Sous-section 2 : Le critère économique d'internationalisation du contrat d'investissement.	131
Section 2 : L'incidence de l'internationalisation du contrat d'investissement sur l'ordre	
Juridique international	132
Conclusion chapitre 2	134

-Deuxième partie-	135
L'outil arbitral relatif à la mise en œuvre de l'investissement étranger	135
Titre I	
L'encadrement de l'arbitrage en matière d'investissement étranger	138
Chapitre 1 : L'efficacité de l'arbitrage en matière d'investissement étranger	139
Section 1 : L'arbitrage international est une garantie procédurale à l'investissement étranger	139
Sous-section 1 : L'arbitrage international est une protection contre l'aléa juridique	139
1- La notion d'arbitralité du litige	140
2-la manifestation de la protection contre l'aléa juridique	143
Sous-section 2 : Les instruments arbitraux relatifs à la protection de l'investissement étranger	147
1- La législation national relative à l'organisation de l'arbitrage international	147
2-Les mécanismes internationaux d'arbitrage relatifs à l'investissement international	150
a-Contours de la notion de l'arbitrage international	151
b- l'influence de l'arbitrage international sur le droit de l'Etat d'accueil	153
Section 2 : L'arbitrage international comme instrument d'incitation à l'investissement étranger	155
Sous-section 1 : Manifestation du rôle incitatif de l'arbitrage international à l'investissement étranger à travers l'existence de la volonté des parties	155
1-L'autonomie de la convention d'arbitrage	155
2- Les effets de la convention d'arbitrage	160
Sous-section 2 : L'exécution de la sentence arbitrale	161

Chapitre 2 : L'imperfection du système actuel de l'arbitrage international.....	166
Section 1 : Manifestation de l'imperfection du système actuel de l'arbitrage international..	166
Sous-section 1 : Limites au principe de la confidentialité en arbitrage international	166
1-L'existence du principe de la confidentialité en arbitrage international.....	166
2-Le rejet du principe de confidentialité en arbitrage international	167
Sous-section 2 : L'imperfection du système actuel de l'arbitrage au niveau procédural	173
1- Compétence étatique et compétence arbitrale : assistance ou contrôle	174
2-Les voies de recours	176
Section 2 : Vers la recherche des solutions à l'imperfection du système actuel de	
l'arbitrage international.....	180
Sous-section 1 : L'amélioration des modalités de fonctionnement du système arbitrale.....	180
1- Rendre le système d'arbitrage plus transparent	180
2- Rééquilibrer le système d'arbitrage	183
Sous-section 2 : L'introduction des garanties juridiques pour les investisseurs étrangers....	184
1- La protection des espérances légales de l'investisseur étranger.....	184
2- La stabilité légale	186
Titre II	
Restriction au domaine de l'arbitrage international.....	190
Chapitre 1 : Les restrictions relatives à l'ordre public	191
Section 1 : Les restrictions au domaine de l'arbitrage relatives au contrôle de l'Etat :	
question de souveraineté ou d'abus.....	191
Sous-section 1 : Restrictions tenant à limiter le champ d'application de l'arbitrage	
International.....	191
1-Les types d'arbitrabilité.....	191

a- L'arbitrabilité subjective:.....	193
b- L'arbitrabilité objective.....	194
2-L'ordre public : une limite à l'autonomie de l'arbitrage international :.....	195
Sous-section 2 : Les restrictions aux effets des sentences arbitrales rendues.....	198
1- Les effets de la sentence arbitrale	198
2- Manifestation des restrictions aux effets de la sentence arbitrale par l'ordre public.....	201
Section 2 :Les restrictions relatives aux domaines d'application de l'arbitrage international.....	204
Sous-section 1 : Les litiges à portée fiscale	204
1- L'arbitrabilité des litiges fiscaux relatif à l'investissement	205
2- Le fondement de la compétence arbitrale en matière fiscale	208
Sous-section 2 : Les litiges relatifs à la souveraineté interne de l'Etat sur son territoire ...	211
1- Le droit de police	211
2- Le règlement des différends internationales des investissements pétroliers : Soumission de l'Etat d'accueil à des procédures d'arbitrage du droit international.....	215
Conclusion chapitre 1.....	217
Chapitre 2 : Les restrictions relatives au nature de l'arbitrage	218
Section 1 : L'arbitrage est un mode de règlement des différends de type exceptionnel	218
Sous-section 1 : La réglementation du règlement des différends	218
1- La compétence des juridictions internes	218
2-Le recours à l'arbitrage international	220
Sous-section 2 : Le recours à l'arbitrage est un mode de règlement conditionné.....	222
1- le consentement à l'arbitrage en matière interne (droit tunisien)	222
2- Le consentement à l'arbitrage en droit international : restriction ou protection ?.....	223

Section 2 : L'arbitrage international face aux juridictions parallèles : concurrence ou désordre ?.....	225
Sous-section 1 : L'anti-suit injunctions et l'arbitrage	225
Sous-section 2 : L'arbitrage international relatif à l'investissement face au dérèglement procédural.....	228
1- L'arbitrage Etat-investisseur en présence d'un contrat	229
2- L'Arbitrage entre l'Etat et l'investisseur face aux juridictions étatiques traditionnelles ..	231
Conclusion chapitre 2	234
Conclusion Partie 2.....	235
-Conclusion générale-.....	237

