

ISDS

en chiffres

IMPACT

**DE L'ARBITRAGE DES
INVESTISSEMENTS CONTRE
LES ÉTATS D'AFRIQUE**

Octobre 2019

Auteurs : Bettina Müller et Cecilia Olivet

Direction de publication : Fleadta Phelan

Conception : Romina Urfeig // www.tipa.com.ar

Publié par le Transnational Institute. Amsterdam, octobre 2019

Toute citation ou reproduction du présent rapport à des fins non commerciales est autorisée sous réserve de mention exacte de la source de l'information.

IMPACT DE L'ARBITRAGE DES INVESTISSEMENTS CONTRE LES ÉTATS D'AFRIQUE

SOMMAIRE

Récente explosion des procédures lancées contre l'Afrique	2
Pays africains les plus ciblés par des actions en justice	3
Gagnants et perdants des arbitrages	3
États africains ayant perdu le plus grand nombre de procès	4
Coût des actions engagées au titre de l'ISDS	5
Nationalité des investisseurs	6
Traités invoqués	7
Secteurs visés par les actions	7
Institutions d'arbitrage	7

GRAPHIQUES

Graphique 1 - Nombre d'actions à l'encontre de pays d'Afrique par an	2
Graphique 2 - État d'avancement des actions au titre de l'ISDS contre des pays africains	3
Graphique 3 - Pays ayant perdu le plus d'affaires en Afrique	4
Graphique 4 - Les 8 sentences ou règlements les plus élevés (connus)	5
Graphique 5 - Coûts de l'arbitrage des investissements par pays	6
Graphique 6 - Pays et région d'origine des investisseurs poursuivant les États africains	6
Graphique 7 - Les 10 principaux secteurs par nombre d'actions intentées	7



PAS MOINS DE 106 DEMANDES D'ARBITRAGE AFFÉRENTES À DES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT CONCERNAIENT DES ÉTATS D'AFRIQUE.¹

Ces vingt dernières années, le nombre de règlements de différends entre investisseurs et États a explosé dans le monde : de 6 affaires connues en 1995, l'on est passé à 942 aujourd'hui². Pas moins de 106 demandes d'arbitrage afférentes à des traités d'investissement concernaient des États d'Afrique. Cela représente 11 % de tous les différends connus entre investisseurs et États dans le monde

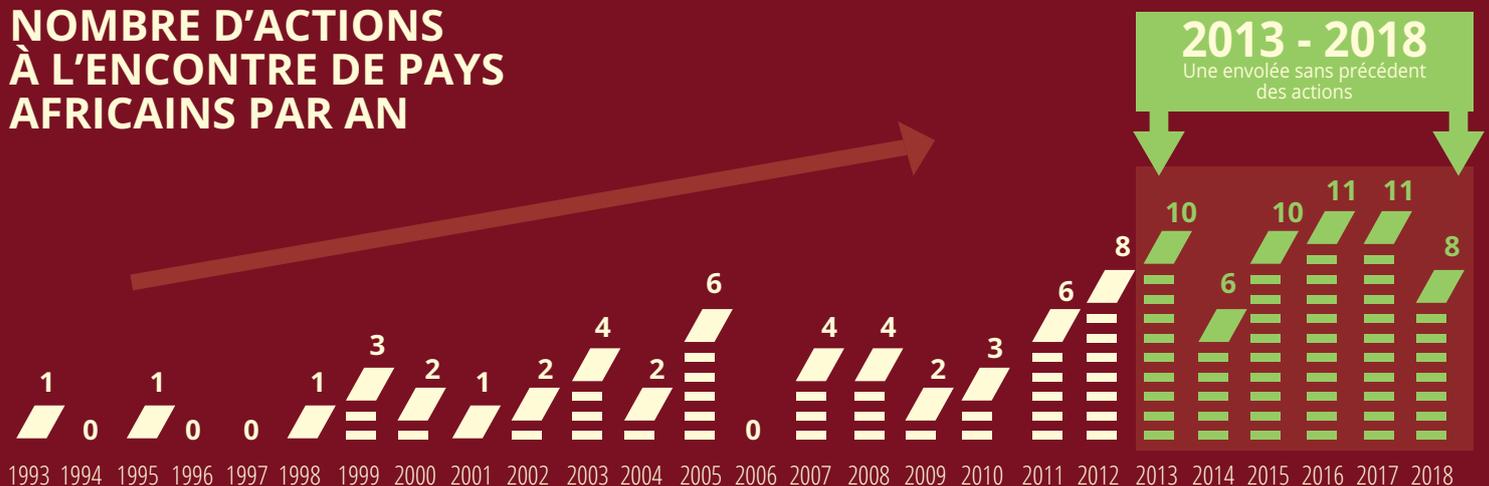
RÉCENTE EXPLOSION DES PROCÉDURES LANCÉES CONTRE L'AFRIQUE

La première affaire du genre remonte à 1993 et visait la République démocratique du Congo. Ce phénomène a connu depuis une progression constante. La période 2016-2017 en particulier fut propice à ce type d'actions.

Entre 2013 et 2018, le nombre de procédures intentées à l'encontre de pays africains a atteint **des sommets tout à fait inédits**. Il y a eu, ces six dernières années, plus de poursuites lancées sur le continent qu'au cours des deux décennies précédentes.

Graphique 1

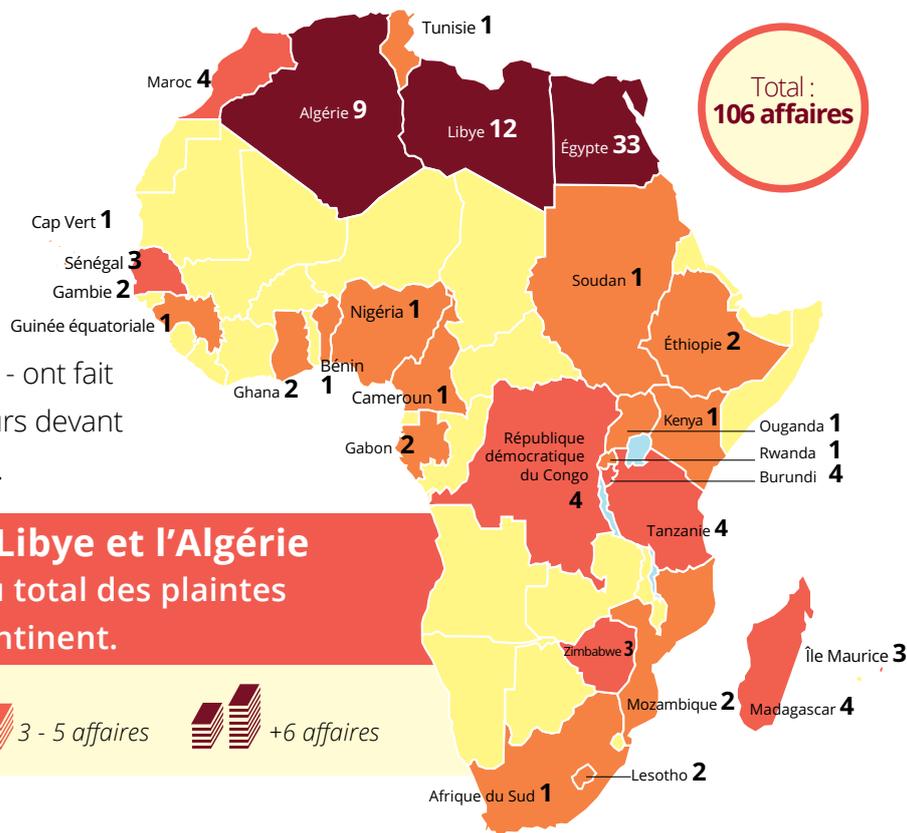
NOMBRE D' ACTIONS À L'ENCONTRE DE PAYS AFRICAINS PAR AN



PAYS AFRICAINS LES PLUS CIBLÉS PAR DES ACTIONS EN JUSTICE

À l'heure actuelle, 28 pays d'Afrique - soit près de 50% des pays de la région - ont fait l'objet de poursuites par des investisseurs devant les tribunaux d'arbitrage internationaux.

Trois d'entre eux - l'Égypte, la Libye et l'Algérie - concentrent à eux seuls 51% du total des plaintes déposées contre des États du continent.



GAGNANTS ET PERDANTS DES ARBITRAGES

Dans les affaires d'arbitrage d'investissement, les grands perdants sont les États.

Les intérêts des investisseurs ont prévalu dans 64% des affaires, d'après notre évaluation des 61 cas impliquant des pays d'Afrique, qui se sont soldés soit par une décision du tribunal, soit par un règlement entre les parties.³

Un tiers de toutes les poursuites sont toujours en attente de résolution.

Graphique 2

ÉTAT D'AVANCEMENT DES ACTIONS AU TITRE DE L'ISDS CONTRE DES PAYS AFRICAINS



Il ne faut pas perdre de vue que **dans le système d'arbitrage international, les États**, faute de pouvoir tenter une action en justice contre l'investisseur, ne peuvent espérer l'emporter. En outre, même lorsque le tribunal statue en sa faveur, le pays finit toujours par perdre car condamné, dans la plupart des cas, à payer des millions de dollars en frais d'avocat et d'arbitrage. Les juristes spécialistes du droit des investissements n'hésitent pas à facturer jusqu'à 1000 dollars US de l'heure pour leurs services et les arbitres jusqu'à 3000 dollars US par jour. Ainsi, dans l'affaire opposant H & H Enterprises Investments à l'Égypte, portant sur un contrat de gestion et d'exploitation d'un complexe hôtelier, l'État égyptien a dû régler ses propres frais juridiques et d'arbitrage, alors même que le tribunal saisi s'était déclaré incompétent, rejetant de fait les allégations des requérants. On parle d'une facture de plus de 1,5 millions de dollars US.⁴

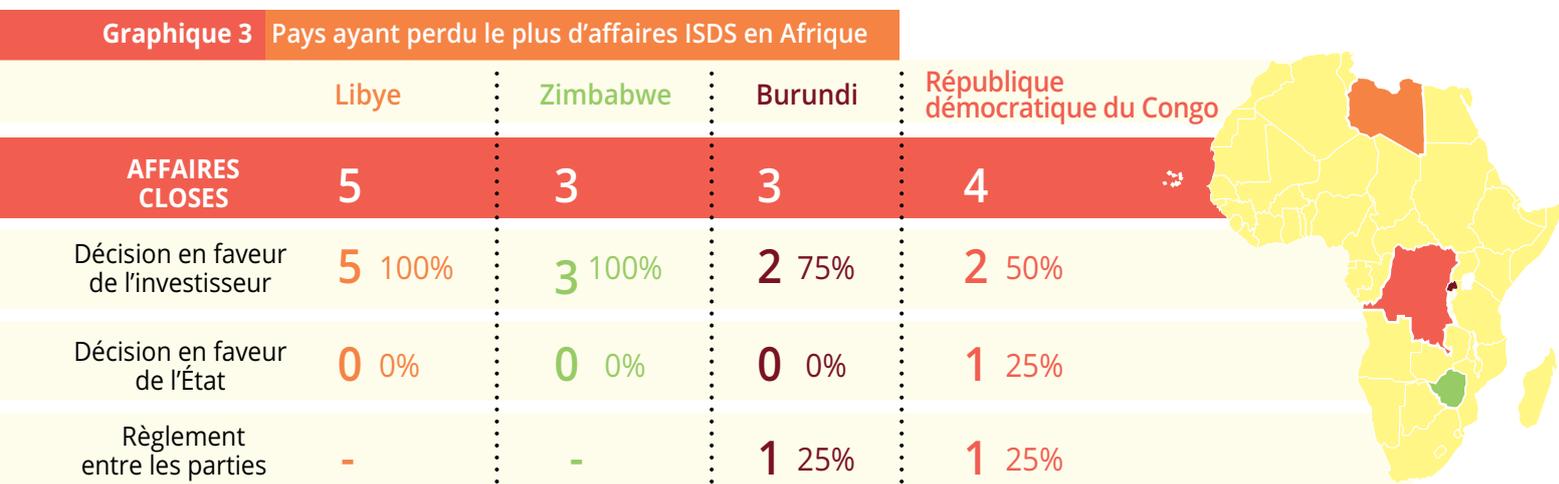
Et parfois, les États doivent aussi couvrir les frais de justice des investisseurs. Dans une affaire engagée par Unión Fenosa, l'Égypte a versé à ses avocats plus de 1,5 millions de dollars US, mais suite au revers infligé par le tribunal, le pays a également dû régler la note des frais de justice et d'arbitrage de l'entreprise, qui s'élevait à 10,7 millions de dollars US.⁵

ÉTATS AFRICAINS AYANT PERDU LE PLUS GRAND NOMBRE DE PROCÈS

Une évaluation de l'issue des décisions arbitrales par pays révèle que la **Libye, le Zimbabwe et le Burundi ont été particulièrement affectés par le dénouement d'affaires ISDS**. Force est de constater que les investisseurs sont bien plus souvent à la fête que les États.

Le cas de la Libye est particulièrement éloquent avec une décision en faveur de l'investisseur dans les cinq dossiers impliquant le pays. Le Burundi et le Zimbabwe ne sont pas tellement mieux lotis, les arbitres s'y étant prononcés contre l'État dans trois affaires chacun.

Quant à la République démocratique du Congo (RDC), les arbitres ont donné raison aux investisseurs à deux reprises, une troisième affaire se soldant par un arrangement entre les parties.



COÛT DES ACTIONS ENGAGÉES AU TITRE DE L'ISDS

Les actions en matière d'investissement se chiffrent en millions voire en milliards de dollars US et sont à même de mener les budgets publics de la majorité des pays africains au bord du précipice

MONTANTS RÉCLAMÉS PAR LES INVESTISSEURS. Le montant total des actions intentées contre les États d'Afrique depuis 1993 s'élève à **55,5 milliards de dollars US**.⁶ Toutefois, la somme véritablement réclamée par l'investisseur n'étant connue que dans un peu plus de la moitié des cas (54,7%), on peut raisonnablement imaginer que le total avoisine en réalité le double de ce chiffre.

Dans 36 affaires, les investisseurs exigeaient au moins 100 millions de dollars US. À 10 reprises, les sommes demandées atteignaient même le milliard de dollars US voire plus. L'Algérie comme l'Égypte ont toutes deux été sollicitées à hauteur de 15 milliards de dollars chacune.

MONTANTS QUE LES ÉTATS ONT ÉTÉ CONDAMNÉS OU SE SONT RÉSOLUS À PAYER AUX INVESTISSEURS. **Des États d'Afrique ont été condamnés** (par les arbitres) **ou se sont résolus** (dans le cadre d'un arrangement) à **verser 4,6 milliards de dollars US aux investisseurs**.⁷ On ignore à ce jour les montants réglés dans un tiers des affaires, il est donc fort probable que la note totale soit nettement plus salée. Pourtant ce chiffre équivaut à lui seul à près de trois fois le PIB 2018 de la Gambie et à deux fois celui de la République centrafricaine.⁸ Il correspond également au montant total de l'aide au développement dont a bénéficié l'Éthiopie la même année.⁹

L'Égypte détient le triste record de la sanction financière la plus lourde jamais prononcée à l'encontre d'un pays d'Afrique pour une seule et même affaire, avec une somme de 2 milliards de dollars US accordée à Unión Fenosa.

Unión Fenosa vs. Égypte La plainte déposée par Unión Fenosa Gas devant un tribunal du CIRDI portait sur un montant de 3,2 milliards de dollars US. La joint-venture hispano-italienne reprochait à l'entreprise publique égyptienne EGAS (Egyptian Natural Gas Holding Company) d'avoir interrompu son approvisionnement en gaz à la suite du Printemps arabe en invoquant des énergétiques sur le marché intérieur.¹⁰

Graphique 4 Les 8 sentences ou règlements les plus élevés (connus)



Unión Fenosa
vs. Égypte



Al-Kharafi vs.
Libye et autres



Maersk
vs. Algérie



Sorelec
vs. Libye



Siag vs.
Égypte



Von Petzold et autres
vs. Zimbabwe

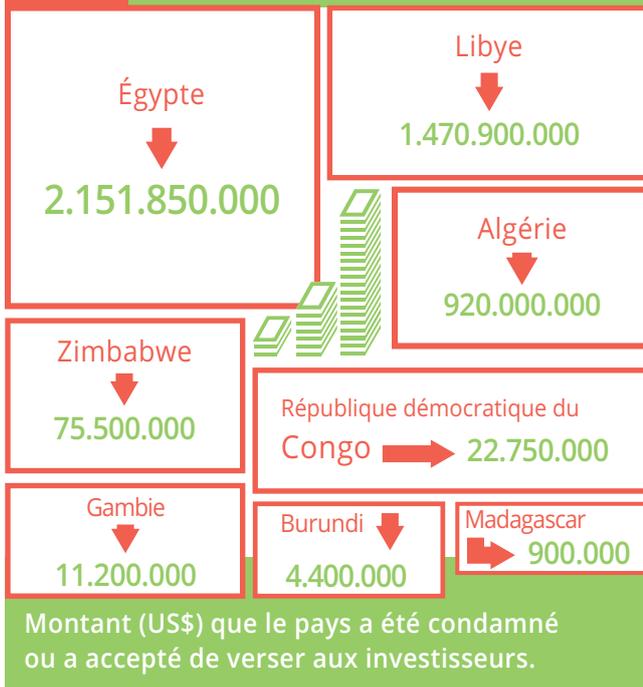


Indorama
vs. Égypte



Cengiz
vs. Libye

Graphique 5 Coûts de l'arbitrage d'investissement pour chaque pays

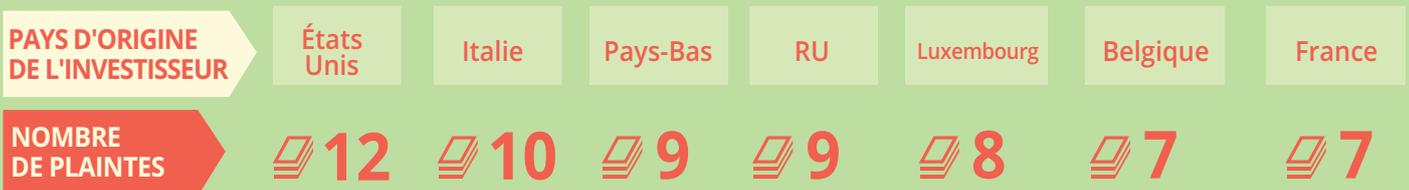


COÛTS POUR LES DIFFÉRENTS PAYS

L'Égypte, pays ayant enregistré le plus grand nombre de demandes de réparation, s'est vu à ce jour ordonner ou a accepté de verser 2,1 milliards de dollars US à des investisseurs. Viennent ensuite la Libye avec un total de 1,4 milliards de dollars et l'Algérie et ses 920 millions de dollars US. Des montants toutefois susceptibles d'être bien supérieurs, les informations disponibles ne portant que sur un nombre restreint d'affaires.

NATIONALITÉ DES INVESTISSEURS

Graphique 6



Source: calculs réalisés en interne sur la base d'informations fournies par le CNUCED

Avec 70 % de toutes les affaires, les investisseurs européens sont clairement à l'origine de la majorité des procédures lancées à l'encontre de pays d'Afrique. Leurs homologues américains ont quant à eux intenté 12 poursuites judiciaires.

Les investisseurs européens et américains représentent ensemble plus de 80% du total des affaires ISDS contre des pays africains.

Quoique peu nombreux, on trouve également quelques différends entre pays africains. L'Afrique du Sud se distingue à cet égard avec 3 actions intentées à l'encontre d'autres États du continent.



TRAITÉS INVOQUÉS

Les pays d'Afrique ont signé **937 traités** d'investissement bilatéraux (dont 521 sont en vigueur) avec des pays du continent et d'ailleurs. **La plupart de ces accords prévoient des dispositions ISDS.**¹¹

Dans les plaintes déposées contre des pays africains, la quasi-totalité des investisseurs ont fait valoir de présumées violations de TBI (100 affaires)¹². Les investisseurs ont aussi invoqué le Protocole d'investissement de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) dans deux cas et l'Accord sur la promotion, la protection et la garantie des investissements de l'Organisation de coopération islamique (OCI) dans deux autres affaires. Une action s'appuyait sur le Protocole arabe d'investissement et une autre sur un accord de libre-échange (entre le Maroc et les États-Unis).

SECTEURS VISÉS PAR LES POURSUITES

Les pays d'Afrique ont vu le nombre de plaintes déposées contre eux fortement augmenter, en particulier dans le **secteur de la construction** qui représente **23,6% de toutes les actions** intentées. Les deux tiers de ces actions ont été engagées après 2011. Les secteurs manufacturier et minier sont également fortement touchés.

Graphique 7 Les 10 principaux secteurs par nombre d'actions intentées



LES INSTITUTIONS ARBITRALES

Si les centres d'arbitrage aptes à résoudre les différends relatifs aux investissements ne manquent pas dans le monde, **74,5 %** de toutes les affaires connues impliquant l'Afrique ont été instruites sous les auspices du **Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, le fameux CIRDI** (intervenu à 79 reprises dans la région) **de la banque mondiale**. Ainsi le CIRDI a-t-il été saisi dans 31 des 33 plaintes contre l'Égypte.

Certains différends ont également été réglés par la Cour permanente d'arbitrage (CPA) de La Haye aux Pays-Bas (11 affaires) et la Chambre de commerce internationale (ICC) (9 affaires).

INSTITUTION EN CHARGE DE SUPERVISER LE DOSSIER	CIRDI	PCA	ICC ¹³	CRCICA ¹⁴	SCC ¹⁵
Nombre d'affaires	79	11	9	1	1
	Pas d'information ni d'institution de contrôle			5	Total 106

REMARQUES

1. Les données dans le présent rapport ont été mises à jour en janvier 2019. L'analyse se fonde sur la base de données de la CNUCED recensant toutes les actions en justice engagées contre des pays d'Afrique au titre de traités d'investissement. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>
2. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>. Le manque de transparence du système ne nous permet pas de supposer que des informations soient disponibles dans le domaine public pour l'intégralité des affaires.
3. Une affaire qui se termine par un règlement entre parties signifie généralement que l'État soit s'est résolu à verser une compensation, soit s'est plié aux exigences de l'investisseur (abrogation de la réglementation incriminée par exemple).
4. H & H Enterprises Investments, Inc. vs. République arabe d'Égypte (affaire CIRDI n° ARB/09/15). Extraits de la sentence du 6 mai 2014. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7979.pdf>
5. Sentence définitive: Unión Fenosa vs. République arabe d'Égypte. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10061.pdf>
6. Ce montant correspond à la somme des 58 affaires dans lesquels la compensation financière réclamée par la société est connue. Face au manque de transparence inhérent au mécanisme ISDS et à l'opacité du système, nous ne disposons de ces informations que dans un peu plus de la moitié des cas (54,7%) - il y a fort à parier que le montant réel demandé soit deux fois supérieur.
7. Ce chiffre est calculé sur la base de la somme des 25 affaires dans lesquelles le montant que l'État a été condamné ou a accepté de payer a été rendu public. Les montants déboursés par l'investisseur ne sont pas connus dans 14 autres affaires.
8. PIB. Banque mondiale: https://data.worldbank.org/indicator/ny.gdp.mktp.cd?name_desc=true&view=map
9. L'aide au développement en un coup d'œil. Statistiques par région. OCDE: <https://www.oecd.org/dac/financing-sustainable-development/development-finance-data/Africa-Development-Aid-at-a-Glance-2018.pdf>
10. Egypt liable for curtailing gas supplies. GAR News, septembre 2018. <https://globalarbitrationreview.com/article/1173690/egypt-liable-for-curtailing-gas-supplies>
11. CNUCED, Investment Dispute Settlement Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search>
12. De telles plaintes sont fondées sur les traités signés entre les pays. Il peut s'agir d'accords de libre-échange (ALE) comportant un volet sur la protection des investissements ou d'accords spécifiques de protection des investissements (traités bilatéraux d'investissement ou TBI).
13. Chambre de commerce internationale (ICC): <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/icc-international-court-arbitration/>
14. The Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration : <https://crica.org/?AspxAutoDetectCookieSupport=1>
15. Chambre de commerce de Stockholm: <https://sccinstitute.com/>





Le Transnational Institute (TNI) est un institut international de recherche et de défense œuvrant en faveur d'une planète plus juste, plus démocratique et durable. Depuis plus de 40 ans, le TNI officie à l'interface des mouvements sociaux, des chercheurs engagés et des décideurs politiques.

www.tni.org