



HAL
open science

L'arbitrage et les personnes morales de droit public dans la protection des investissements à Madagascar

Lalaina Chuk Hen Shun

► **To cite this version:**

Lalaina Chuk Hen Shun. L'arbitrage et les personnes morales de droit public dans la protection des investissements à Madagascar. *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2020, 29, pp.497-517. hal-03327614

HAL Id: hal-03327614

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-03327614>

Submitted on 27 Aug 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**DROIT DE L'ARBITRAGE
DROIT DES INVESTISSEMENTS**

L'arbitrage et les personnes morales de droit public dans la protection des investissements à Madagascar

Lalaina CHUK HEN SHUN

Docteur en droit

Résumé :

La politique d'investissement de Madagascar inclut une approche offrant à l'arbitrage un rôle majeur dans le dispositif de promotion et de protection des investissements. Aussi, les personnes morales malgaches de droit public se retrouvent parmi les utilisateurs de ce mode privé de règlement des litiges. La présente étude recense les fondements juridiques de cette présence et analyse la pertinence de la voie choisie par le pays en termes de politique d'investissement.

Abstract:

According to Madagascar's investment policy, arbitration plays a significant role in the efforts to promote and protect investments. Thus, the Malagasy Government and other entities governed by public law became users of arbitration. This study identifies the legal basis of the arbitrator's jurisdiction over these public entities, and analyses the relevance of this dispute resolution mechanism.

L'arbitrage, « justice privée », et les personnes morales de droit public (PMDP) ne constituent pas, au premier abord, une combinaison idoine. L'arbitrage et les différends relevant, par nature, du droit administratif peuvent apparaître aussi opposés que l'eau et le feu¹. Le droit malgache renforce cette idée d'inadéquation, voire d'incompatibilité, en posant le principe d'impossibilité de compromettre sur les litiges concernant les PMDP². Il s'agit de la transposition d'une règle partagée par plusieurs systèmes juridiques afin de maintenir la compétence des juridictions étatiques sur les litiges touchant à la souveraineté et aux ressources nationales³. Cependant, il apparaît que les PMDP ne sont pas absentes de la pratique arbitrale. Elles sont présentes dans l'arbitrage commercial, mais surtout dans l'arbitrage d'investissement dont les États sont les principaux acteurs.

Pour l'État malgache en particulier, l'historique des procédures de règlements de litige initiées par des investisseurs internationaux à son encontre montre récemment une tendance à l'accroissement. Des années 1960, ayant vu l'adhésion du pays à la Convention de Washington dans la foulée de l'accession à l'indépendance⁴, à l'avènement de la IV^e République en 2010, aucun arbitrage d'investissement impliquant le pays n'a été recensé. Pendant cette période, il y a eu, en tout, deux différends portés devant le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), et réglés par voie de conciliation en 1982 et en 1994⁵. Désormais, depuis 2013, l'État malgache ne cesse d'être engagé dans des procédures arbitrales initiées par des investisseurs.

Deux raisons principales concourent à la multiplication des litiges impliquant l'État malgache. D'une part, il y a les événements sociopolitiques de 2009 dans le contexte desquels trois des quatre procédures introduites trouvent leur genèse. Et d'autre part, les dispositifs de protection des investissements

¹ B. CAMBOURNAC, « Allocution de bienvenue », in *Arbitrage et droit administratif*, Chambre de commerce d'industrie de Paris, AFA, 17 septembre 1990, p. 5.

² Article 453.1 et ancien article 440.1 du Code de procédure civile

³ Voir à ce sujet, R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, spéc. p. 264 ; C. REYMOND, « Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1985, spéc. p. 517.

⁴ Convention signée à Washington en 1965 et ratifiée par la loi n° 66-011 du 05 juillet 1966.

⁵ Les deux litiges opposent l'État malgache à la même société SEDITEX, et concernent l'exécution d'un contrat d'État. Le retour des deux parties devant le CIRDI pour une seconde procédure de conciliation a été perçu comme un témoignage de satisfaction à l'égard de la procédure CIRDI après une première expérience 12 ans plus tôt. « Background paper », in *Working conference on conciliation - What is it and when to use it*, Singapore, Centre for international law, janvier 2017, p. 15. *Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. v. Democratic Republic of Madagascar* (ICSID Case No. CONC/82/1) ; *SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. v. Madagascar* (ICSID Case No. CONC/94/1)

s'accroissent et offrent davantage de fondements permettant d'attirer l'État devant un tribunal arbitral.

En effet, afin d'attirer les capitaux, l'État malgache a multiplié les initiatives visant à sécuriser l'environnement des affaires et protéger les investissements. Une forte dynamique s'est établie dans ce sens depuis le début des années 2000, tant en termes de réforme des textes nationaux s'y afférant, qu'en ce qui concerne les accords de protection et de promotion des investissements (APPI), notamment les traités bilatéraux d'investissement (TBI). Il en résulte plusieurs « offres d'arbitrage », émises par l'État malgache. Par ailleurs, le principe d'interdiction de compromettre sur les litiges concernant les PMDP n'a eu de cesse de s'éroder. Ainsi, la possibilité de les retrouver dans des procédures arbitrales s'est fortement accrue.

La « disponibilité » de l'arbitrage crée une exposition des PMDP à des procédures arbitrales coûteuses et des sentences lourdes⁶. Dans ce contexte, il est légitime de se demander si les retombées économiques des politiques d'investissement adoptées sont à la hauteur des enjeux. En outre, une remise en question de certains aspects de l'arbitrage d'investissement s'observe⁷.

Au prisme de ces interrogations, une analyse du dispositif malgache est pertinente pour accompagner les mutations que connaît la matière actuellement. Pour ce faire, il est nécessaire d'évaluer l'exposition des PMDP en analysant les instruments permettant d'asoir la compétence arbitrale en matière d'investissement (I). Ce qui permettra d'envisager les pistes d'évolutions à la lumière des voies empruntées à travers le monde (II).

⁶ À titre d'exemple l'affaire PGM c/État malagasy ayant menacé les foyers universitaires malgaches de Cachan et Arago, France, Cass. Civ. 1, 01 juin 2017, 16-18029, *Inédit*.

⁷ Au sujet de Madagascar en particulier, voir H.F. RANJEVA, « L'État dans l'arbitrage d'investissement », *RJOI*, 2017, n° 24. ; Pour une vision globale, voir Michael Waibel et al., *The Backlash against Investment Arbitration : Perception and Reality*, Kluwer Law International (2010) ; [Asha Kaushal, "Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash against the Foreign Investment Regime", *Harvard International Law Journal* \(2009\) vol. 50, no. 2, p. 491-534, p. 491 ; Petros C. Mavroidis, et al., "Preventing a Backlash against Investment Arbitration: Could the WTO Be the Solution", *Journal of World Investment & Trade* \(2011\) vol. 12, no. 3, p. 425-446 at p. 435-436; David Ma, "A BIT Unfair: An Illustration of the Backlash against International Arbitration in Latin America", *Journal of Dispute Resolution* \(2012\) vol. 2012, no. 2, p. 571-590 ; Carolyn Lamm and Karthik Nagarajan, "The Continuing Evolution of Investor-State Arbitration as a Dynamic and Resilient Form of Dispute Settlement", *Indian Journal of Arbitration Law*, National Law University \(2016\) vol. V, issue 2, p. 93](#)

I. Les instruments de consentement des personnes morales malgaches de droit public

Depuis la fin des années 1990, dans un premier temps, pour accompagner les dernières phases de libéralisation de l'économie et les campagnes de privatisation, puis, dans un deuxième temps, pour mettre en œuvre une politique visant à attirer les capitaux étrangers, l'arbitrage prend une place prépondérante au cœur du dispositif de l'arsenal juridique malgache en matière d'investissement⁸. « *Justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle* »⁹, l'arbitrage repose sur le consentement des parties, considéré comme en étant la pierre angulaire¹⁰. Lorsqu'il s'agit de PMDP, l'incarnation du consentement échappe souvent à cette « normalité ». Pour elles, outre la convention d'arbitrage classique (I), le consentement à l'arbitrage peut prendre la forme d'un engagement unilatéral contenu dans une loi ou un APPI (II). Dans les deux cas, l'engagement de la PMDP est valide, cependant la portée du consentement n'est pas la même.

A.- Le consentement inscrit dans une convention d'arbitrage

Lorsqu'il est question d'arbitrage d'investissement, les analyses se restreignent souvent à l'arbitrage procédant d'un engagement unilatéral de l'État. Or, la compétence arbitrale en matière d'investissement peut également découler d'une convention d'arbitrage. Il faut néanmoins noter que le Code de procédure civile malgache pose un principe d'interdiction de compromettre sur les litiges concernant l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics. Ce principe reprend celui posé par l'article 2060 du Code civil français.

Dans le droit malgache cependant, il est observé une érosion considérable tant en matière internationale (1) qu'en matière interne (2). Cette tendance obéit à l'évolution suscitée par les exigences des opérations économiques, financières et commerciales internationales (3).

⁸ En ce sens, R. JAKOBA, « Arbitrage et sécurisation juridique des investissements - L'arbitrage comme moyen de sécurisation des investissements à Madagascar », *RJOI*, 2017, n° 24.

⁹ H. MOTULSKY, *Ecrits - Études et notes sur l'arbitrage*, réédition 2010, p. 6. ; également, dans ce sens, H.P. DEVRIES, « International Commercial Arbitration : A Contractual Substitute for National Courts », *Tulane Law Review*, 1983 1982, vol. 57, pp. 42-79.

¹⁰ « Consent is the cornerstone of arbitration » G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014, spéc. p. 1133 ; Egalement, A. BROCHES, *Selected Essays: World Bank, Icsid, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 23 février 1995, spéc. p. 165 ; dans le même sens, A. REDFERN et M. HUNTER indiquant que « If there is to be a valid arbitration, there must first be a valid agreement to arbitrate », *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2004, p. 4.

1. En matière internationale

En matière internationale, l'article 453.1 du Code de procédure civile malgache pose un principe selon lequel, « *on ne peut compromettre (...) sur les litiges concernant l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics* »¹¹. Immédiatement, le même article intègre une exception, inspirée de la jurisprudence de la Cour de cassation française¹², admettant que les PMDP peuvent valablement compromettre lorsqu'il s'agit de « *litiges découlant de rapports internationaux d'ordre économique, commercial ou financier* »¹³. Fondamentalement, l'exception vide le principe de sa substance. La rédaction de l'article 453.1 du Code de procédure civile posant un principe d'inarbitrabilité est ainsi trompeuse en ce qu'en réalité, à travers cette exception très large, la portée de l'interdiction est réduite à une énonciation directement neutralisée.

Dans le droit français, source de l'interdiction et de l'exception, les derniers développements amènent à reconsidérer la portée de la construction jurisprudentielle de la Cour de cassation. Les règles sont désormais incertaines depuis que le Tribunal des conflits a remis en cause la compétence des juridictions judiciaires pour le contrôle de la sentence¹⁴. En effet, dans le dessein de préserver l'intégrité du régime administratif d'ordre public, à travers les décisions du Tribunal des conflits et du Conseil d'État, il s'opère une affirmation du contrôle de la sentence par la juridiction administrative. Or, l'application de l'article 2060 du Code civil par le Conseil d'État est autrement plus rigide¹⁵.

Cela soulève la question de savoir si une telle remise en cause est envisageable à Madagascar dans la mesure où la même dualité de juridiction

¹¹ Article 453.1 du Code de procédure civile

¹² Civ. 1^{re}, 2 mai 1966, *Trésor Public c/Galakis*, *Rev. crit. DIP*, 1967, note B. GOLDMAN. Voir sur l'évolution de la question en droit français, M. AUDIT, S. BOLLEE et P. CALLE, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2e éd., LGDJ, 2016, spéc., § 874 et s.

¹³ Article 453.1 du Code de procédure civile

¹⁴ TC, 17 mai 2010, *INSERM c/Fondation Saugstad*, *Rec.*, p. 580 ; *RFDA*, 2010, concl. M. GUYOMAR, p. 959 et note P. DELVOLVE, p. 971 ; note LAAZOUZI, *RCDIP*, 2010, p. 653 ; *D.* 2010, p. 2633, obs. X. DELPECH, note S. LEMAIRE, p. 2323, obs. L. d'AVOUT et S. BOLLÉE, p. 2933, obs. Th. CLAY ; *RDI*, 2010, p. 551, obs. S. BRACONNIER ; *RTD com.*, 2010, p. 525, obs. E. LOQUIN ; *Gaz. Pal.*, 27 mai 2010, n° 147, p. 27, note M. GUYOMAR ; *JCPG*, 2010, n° 552, p. 1045, note Th. CLAY, p. 1096, obs. E. GAILLARD, *chron.*, 644, *comm.*, 12, J. ORTSCHIEDT ; *Rev. arb.*, 2010, p. 275, concl. M. GUYOMAR ; M. AUDIT, « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratif internationaux », *Rev. arb.*, 2010, p. 253 ; *D.A.*, 2010, *comm.*, 122, F. BRENET et F. MELLERAY ; *Les cahiers de l'arbitrage*, *Gaz. Pal.*, 2010, p. 717, étude D. FOUSSARD.

¹⁵ CE, Ass., 15 décembre 1957, *Société nationale de vente des surplus*, *Rec.*, p. 678 ; *D.*, 1958, p. 517, concl. A. GAZIER, note J. L'HUILLIER et p. 699, note J. ROBERT ; *Dr. soc.*, 1958, p. 89 ; *AJDA*, 1958, II, p. 91, *chron.* J. FOURNIER et G. BRAIBANT ; *CJEG*, 1958, p. 31 ; *Gaz. Pal.*, 1958, I, p. 66 et p. 21 note R. LANDRE ; *Rev. arb.*, 1958, p. 39, *chron.* H. MOTULSKY ; *JCPG*, 1958, II, 10800, concl. et note H. MOTULSKY..

existe. Cette hypothèse semble peu vraisemblable. Alors qu'elle procède de l'œuvre prétorienne en droit français, à Madagascar la capacité des PMDP à compromettre découle de la loi. D'ailleurs, par un avis en date du 13 mai 2011, la haute juridiction administrative malgache se prononce dans le sens de la validité de la clause compromissoire conclue par une PMDP¹⁶. Sur la base de l'article 453.1 du Code de procédure civile, le Conseil d'État reconnaît la faculté des parties de recourir à l'arbitrage dans un litige intéressant un établissement public¹⁷. L'article 49 de la loi n° 2015-039 du 3 février 2016 consacre l'avis en réaffirmant la possibilité de recourir à l'arbitrage dans le cadre d'un partenariat public-privé (PPP)¹⁸.

Ce texte de 2016 sur les PPP entre en vigueur dans un contexte où le pays passe plusieurs contrats de concession de construction, d'exploitation et de maintenance d'aéroports et de centrales électriques avec des opérateurs étrangers¹⁹. Le modèle de contrat utilisé par l'État malgache intègre une clause compromissoire soumettant tout différend non résolu à l'amiable au règlement d'arbitrage du CIRDI, ou à celui de la Chambre de Commerce Internationale (CCI).

Ainsi, dans ses rapports contractuels internationaux, l'État insère régulièrement un engagement à régler les éventuels différends par voie d'arbitrage. En l'état du droit positif, le droit malgache reconnaît sans ambiguïté la validité de ces clauses compromissoires. Les dispositions posant une inarbitrabilité de principe des litiges intéressant les PMDP ne constituent plus, en matière internationale, que le vestige d'une époque révolue.

2. En matière interne

En matière interne, le dernier alinéa de l'article 440.1 du Code de procédure civile interdisant de compromettre sur les litiges intéressant les PMDP a tout simplement été abrogé. Selon l'exposé des motifs de la loi portant la modification,

¹⁶ Avis rapporté par R. JAKOBA, « Arbitrage et sécurisation juridique des investissements - L'arbitrage comme moyen de sécurisation des investissements à Madagascar », *op. cit.*, p. 95.

¹⁷ En l'occurrence, il s'agissait d'un litige entre un établissement public à caractère industriel et commercial et une société étrangère au sujet de la résiliation d'un contrat BOT, *Ibid.*

¹⁸ « *le recours à une procédure d'arbitrage nationale ou internationale est autorisé au titre de la présente loi* »

¹⁹ Parmi les multiples exemples, la Convention de Concession des Aéroports d'Ivato et de Nosy Be approuvée par le Décret n° 2015-1476 N° J.O: 3661 Date J.O: 28 décembre 2015 Page J.O: 6017 ; le Contrat de Concession de Production relatif a la construction, l'exploitation et la maintenance d'une centrale électrique conclu avec la Société AKSAF POWER Ltd approuvé par le Décret n° 2017-726 N° J.O: 3833 Date J.O: 20 août 2018 Page J.O: 4077

la levée de l'interdiction a été opérée « *pour éviter d'accroître les inégalités de traitement et surtout l'insécurité juridique lorsque l'Etat est partie au procès* »²⁰.

Cela vient achever de faire tomber une règle connaissant déjà des brèches importantes. Dès avant la modification du Code de procédure civile, l'article 49 de la loi n° 2015-039 sur le Partenariat Public Privé introduisait la possibilité en disposant que « *le recours à une procédure d'arbitrage nationale ou internationale est autorisé au titre de la présente loi* »²¹. De même, selon l'article 86 du Code des marchés publics, les parties à un contrat de marché public « *peuvent prévoir [...] d'opter pour des modes alternatifs de règlement de litiges et de saisir des organes spécialisés en médiation, en conciliation ou en arbitrage locaux ou internationaux* »²².

Arrivant en écho à ces exceptions substantielles, l'abrogation opérée par la loi 2016-039 ne constitue pas concrètement une modification majeure. Toutefois, en retirant l'énoncé du principe d'inarbitrabilité, elle apporte une meilleure lisibilité du régime des conventions d'arbitrage intéressant les PMDP. Désormais, en matière interne, il existe un principe de validité en harmonie avec les textes spécifiques aux interactions entre les PMDP et leurs partenaires privés.

3. Une pratique en croissance

En droit malgache, les PMDP peuvent ainsi valablement compromettre, que le rapport contractuel en jeu soit interne ou international. Mieux, il existe des textes exigeant qu'une clause compromissoire soit insérée dans des actes particuliers effectués par les PMDP. On peut citer l'exemple des articles 19 et 20 de la loi n° 2003-051 portant refonte du texte relatif au désengagement de l'État des entreprises du secteur public²³. Il y est exigé que tout litige né directement ou indirectement de la privatisation est soumis à l'arbitrage et que « *les actes de désengagement doivent à cet effet comporter une clause compromissoire* ».

Les exigences de ces dispositions posent toutefois la question de l'hypothèse où un acte de désengagement ne comporte pas de clause compromissoire. À défaut d'une telle clause, en cas de litige, ces dispositions suffisent-elles pour fonder la compétence arbitrale et, dans un mouvement de

²⁰ Exposé des motifs de la Loi n° 2016-039 modifiant et complétant certaines dispositions du Code de Procédure Civile Malagasy

²¹ Même si l'adoption du texte n'intervient qu'ultérieurement à la modification de l'article 440.1 du Code de procédure civile, on peut également citer l'article 74 de la loi 2017-047 sur le développement de l'industrie (LDI) disposant que « *le recours à une procédure d'arbitrage nationale ou internationale est autorisé par la présente loi sans préjudice des dispositions prévues par le Code de Procédure Civile sur les matières arbitrables* ».

²² Loi n° 2016-055 du 25 janvier 2017 portant code des marchés publics

²³ Loi n° 96-011 du 13 août 1996

balancier, l'incompétence du juge étatique ? Pour une réponse adéquate, il faut revenir au fondement de l'arbitrage qui réside dans le consentement des parties. Concernant les PMDP, la loi peut s'interpréter comme une expression de la volonté publique les engageant. En revanche, le même mécanisme ne peut être appliqué au partenaire privé dont la volonté ne saurait être déduite des dispositions légales. Celui-ci disposerait ainsi d'une option de compétence le permettant de saisir la juridiction administrative ou un tribunal arbitral²⁴.

La capacité des PMDP malgaches à compromettre suit une tendance globale qu'on observe dans les législations modernes. Cela répond, d'abord, aux exigences du commerce international dont les États sont acteurs. Ensuite, sous l'influence du régime de l'arbitrage international, la tendance se propage à l'arbitrage interne. La possibilité d'insérer des clauses compromissoires permet aux PMDP de rassurer les opérateurs économiques et de favoriser les investissements à travers des partenariats public-privé. La revue des contrats de concessions récents conclus par l'État montre qu'une clause compromissoire y est systématiquement incluse²⁵.

Le consentement par convention d'arbitrage permet aux PMDP d'exprimer la volonté de compromettre sur une relation contractuelle précise²⁶ ou sur un litige déterminé²⁷ avec un cocontractant précisément identifié. Ainsi, la compétence arbitrale à laquelle elles consentent est circonscrite à une problématique clairement définie. Les autres modes d'expression de la volonté des PMDP portent nécessairement sur des champs autrement plus vastes, des enjeux variables, et avec des acteurs qui ne sont pas toujours identifiés préalablement de manière précise.

B. Le consentement unilatéral inscrit dans une loi ou un APPI

Outre la possibilité de son expression dans une convention d'arbitrage classique, le consentement des PMDP, notamment de l'État, peut également résider dans un engagement unilatéral formulé par avance. En l'absence de lien contractuel direct, l'expression de la volonté des parties se fait en deux temps à travers, d'abord, l'émission d'une offre d'arbitrage par la PMDP, puis l'acceptation par l'investisseur qui se matérialise par une demande d'arbitrage²⁸.

²⁴ La constitution du tribunal peut toutefois poser des difficultés, l'intervention du juge d'appui peut s'avérer nécessaire. Il faut noter qu'en matière interne la clause blanche est nulle. En revanche, en matière internationale, le Code de procédure civile ne sanctionne pas la clause blanche de nullité mais prévoit l'intervention du juge d'appui pour interpréter la convention.

²⁵ Les décrets approuvant ces contrats sont disponibles sur www.cnlegis.gov

²⁶ Clause compromissoire

²⁷ Compromis

²⁸ Sur le mécanisme de consentement unilatéral, voir J. PAULSSON, « Arbitration without Privity », *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 1995. 232. ; W. BEN HAMIDA,

L'offre ne se restreint pas à un partenaire précisément identifié ni à un litige clairement établi. Le consentement de la PMDP est valide dès lors que les critères posés par l'engagement unilatéral sont remplis. Ces critères peuvent toucher à la nationalité, au secteur d'activité, au montant de l'investissement, à sa nature, ou à d'autres éléments fixés par le texte dans lequel le consentement est exprimé. Dès lors que ces conditions sont satisfaites et qu'une demande d'arbitrage est formulée par l'investisseur, la rencontre de volonté s'opère.

L'offre publique d'arbitrage peut être émise à travers un texte national (1), ou incluse dans un APPI (2). De telles offres se multiplient depuis les années 2000, et l'État malgache utilise les deux canaux pour exprimer son consentement et celui d'autres PMDP à l'arbitrage. Il est important de les distinguer dans la mesure où, selon le canal utilisé, le contrôle de l'État sur les engagements qu'il prend est différent.

1. L'engagement des PMDP à travers les textes législatifs

La législation nationale peut servir d'instrument de consentement des PMDP. Comme il est formulé dans l'exposé des motifs de l'un des plus récents textes visant à attirer les capitaux étrangers, il s'agit d'ouvrir « *un mécanisme de règlement de différend qui pourra satisfaire aux besoins de diligence et d'impartialité des investisseurs dans les éventuels litiges qui les opposent à l'État et à ses démembrements* »²⁹. Dans ce sens, plusieurs dispositifs sont mis en place pour encadrer la possibilité de recourir à l'arbitrage. Cependant, le législateur malgache manie les dispositions relatives à l'accès à l'arbitrage d'investissement avec prudence.

Les premières « offres d'arbitrage » effectuées par l'État malgache dans les textes législatifs ont été introduites dans le contexte de campagnes de privatisation d'établissements publics. Dans le cadre de partenariats avec la Banque Mondiale et le Fonds Monétaire International, le pays est contraint de satisfaire les impératifs de ces institutions pour bénéficier de leur financement. Au premier rang de ceux-ci se trouve l'exigence de libéralisation de l'économie qui passe

L'arbitrage transnational unilatéral, thèse, Paris II, 2003 ; G. BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », *Rev. arb.* 1995. 3 ; E. GAILLARD, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.* 2003. 853. ; HORCHANI, « Le droit des investissements », *JDI* 2004. 367. – A. PRUJINER, « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », *Rev. arb.* 2005. 63

²⁹ Exposé des motifs loi 2017-023 du 28 novembre 2017 relative aux Zones Economiques Spéciales

principalement par un programme de privatisations³⁰. Dans un premier temps, plusieurs litiges naissent au cours du processus et se prolongent devant les juridictions étatiques. Pour suppléer à « *l'inadéquation momentanée du système judiciaire, lequel semble être dans l'incapacité (...) d'être un des supports institutionnels efficaces de la campagne de privatisation* »³¹, l'arbitrage a été érigé en remède ponctuel comblant la carence des juridictions étatiques³². Le législateur institue l'arbitrage comme une voie permettant d'accéder à une justice alternative à la justice étatique considérée défailante et qui ne rassurerait pas les opérateurs économiques.

Plus tard, dans la même visée, le législateur insère dans les lois ayant pour objet d'attirer les investisseurs, des dispositions relatives au recours à l'arbitrage. La portée de ces dispositions varie sensiblement selon le texte.

Comme il a été évoqué auparavant, dans le cadre de la mise en place d'un cadre juridique spécifique au Partenariat-Public-Privé, la loi 2015-039 du 3 février 2016 permet exceptionnellement, avant que l'interdiction de compromettre fût complètement levée, aux PMDP de résoudre les éventuels litiges par voie d'arbitrage³³. Ces dispositions ne constituent toutefois pas l'expression d'un consentement à l'arbitrage, il ne s'agit que d'une affirmation de la faculté des PMDP à y consentir valablement.

Quant à elles, la loi 2007-036 du 14 janvier 2008 sur les investissements³⁴ et la loi 2007-037 du 14 janvier 2008 sur les zones et entreprises franches³⁵ évoquent la possibilité pour les investisseurs étrangers de recourir à l'arbitrage pour régler les éventuels litiges avec l'État. Ces textes disposent qu'à défaut d'un accord particulier entre les parties, le règlement des litiges entre les investisseurs nationaux et l'État s'effectue devant les juridictions étatiques. Pour les différends avec des investisseurs étrangers entrant dans le cadre de ces deux lois, alternativement à une procédure devant une juridiction étatique, il est prévu la possibilité d'un règlement par voie d'arbitrage selon les prescriptions des APPI. Toutefois, il ne s'agit pas d'un consentement à l'arbitrage mais d'un rappel de la possibilité offerte par les traités internationaux. En l'absence de tels accords

³⁰ Sur ce point, voir notamment *Examen de la politique d'investissement*, Genève, CNUCED, novembre 2015 ; *Le partenariat Madagascar - Banque Mondiale 1998*, Antananarivo, La mission résidente de la Banque mondiale à Madagascar, 1998.

³¹ Exposé des motifs de la loi 96-012, 13 août 1996.

³² « *L'arbitrage qui s'est considérablement développé depuis quelques dizaines d'années, partout dans le monde permettrait dans le cas de la campagne de privatisation de Madagascar de résoudre ponctuellement ce problème* », *ibid.*

³³ Article 49 de la loi 2015-039 du 3 février 2016.

³⁴ Article 21 de la loi 2007-036 du 14 janvier 2008 renvoyant aux traités bilatéraux de protection des investissements et à la Convention CIRDI.

³⁵ Article 10 la loi 2007-037 du 14 janvier 2008 sur les zones et entreprises franches.

prévoyant le règlement des litiges par voie d'arbitrage, les investisseurs ne peuvent ainsi se fonder sur ces textes pour assoir la compétence d'un tribunal arbitral.

Parmi les textes législatifs en vigueur, on en recense trois contenant de véritables « offres d'arbitrage » constituant l'expression du consentement de l'État à régler les litiges par voie d'arbitrage :

- la loi 2001-031 du 8 octobre 2002 sur les grands investissements miniers (LGIM) ;
- la loi 2017-023 du 28 novembre 2017 relative aux Zones Economiques Spéciales (ZES), et
- le Code minier

En ce qui concerne la LGIM, celle-ci offre une protection particulière aux investissements miniers atteignant le seuil de 50 milliards d'Ariary. Les articles 136 à 141 de la loi sont consacrés à la résolution des litiges entre l'État et les investisseurs par voie d'arbitrage, cependant, le texte ne suffit pas, à lui seul, à engager l'État. Le texte prévoit que le consentement de l'État sera inclus, pour chaque investissement, dans un décret pris en conseil de gouvernement certifiant l'éligibilité de l'investissement aux garanties accordées au titre de la LGIM. Les articles 15(5) et 16 de la loi prévoient que l'éligibilité d'un investissement est certifiée par un décret comportant « *le consentement de l'État Malagasy à l'arbitrage international pour le règlement des différends éventuels* », et l'article 137 précise que « *même en l'absence de stipulation expresse, l'acte de certification (...) vaut consentement de l'État Malagasy à la procédure d'arbitrage international* ».

De la même manière, l'article 120 de la loi relative aux zones économiques spéciales (ZES) prévoit un règlement par voie d'arbitrage en cas de différend opposant un développeur ou une entreprise ZES et l'autorité administrative nationale compétente pour la régulation des ZES (AZES) ou l'État. Le consentement de l'État et de l'AZES inscrit dans la loi demeure, toutefois, inopérant sans l'octroi d'un agrément délivré par l'autorité administrative à l'installation de l'entreprise ZES. Ainsi, dans l'hypothèse d'un litige relatif à un refus de délivrance d'agrément, la voie arbitrale n'est pas ouverte.

Pour les deux textes, les seules dispositions des deux lois ne suffisent pas à établir valablement le consentement des PMDP concernées. L'offre d'arbitrage découle de la combinaison des textes législatifs avec le décret certifiant l'éligibilité d'un investissement aux garanties offertes par la loi pour la LGIM, ou l'agrément permettant d'exercer une activité dans un domaine déterminé par l'AZES pour la loi relative à la ZES. L'État ou l'AZES, selon le cas, gardent ainsi

une emprise sur la formalisation de l'offre d'arbitrage auprès des opérateurs économiques qui en bénéficieront. Effectivement, ce sont respectivement le décret d'éligibilité et l'agrément d'exercice qui emportent consentement de la PMDP concernée. Par ailleurs, il faut noter que ces textes ne font aucune différence entre la protection accordée aux investisseurs nationaux et étrangers.

Quant à lui, le Code minier³⁶ met en place une offre d'arbitrage dont le champ d'application est limité dans le temps. Les dispositions du Code permettent à l'investisseur national ou étranger d'opter pour une garantie de stabilité dont la durée est plus ou moins longue selon l'importance de l'investissement envisagé³⁷. La stabilité garantie porte sur les régimes juridique, fiscal et douanier, ainsi que sur celui des changes. L'article 163 du Code dispose que « *tout litige pouvant survenir pendant la durée de la stabilité garantie est soumis à arbitrage avant toute autre voie de recours* »³⁸.

Cependant, la réalisation du plan de financement auquel l'investisseur a souscrit constitue une condition du maintien de la garantie de stabilité³⁹. Dans l'éventualité où l'investisseur est déchu de la garantie pour non-réalisation de ses engagements financiers, se pose la question de savoir si le consentement de l'État qui est attaché à « *la durée de la stabilité garantie* » est toujours valide.

La réponse affirmative nous semble s'imposer. La disponibilité de la voie d'arbitrage ne fait pas partie intégrante du dispositif de stabilité garantie mis en place. Il s'agit d'un instrument accessoire et autonome établi pour les litiges relatifs à la période de protection. La coïncidence initiale de la durée de validité

³⁶ Loi n° 99-022 du 30 Juillet 1999 Portant Code Minier

³⁷ Article 159 : « *La durée de la stabilité garantie à l'investisseur varie suivant les seuils d'investissement ci-après :*

. Huit (8) ans pour les investissements allant de 2.500.000.000 à 25.000.000.000 FMG exclus ;

. Quinze (15) ans pour les investissements allant de 25.000.000.000 à 2 50.000 000.000 FMG exclus ;

. Vingt (20) ans pour les investissements allant de 250.000.000.000 FMG à 1.000.000.000.000 FMG inclus.

Le régime applicable aux investissements excédant 1.000.000.000.000 FMG sera fixé par une loi sur les grands investissements.

Les seuils fixés ci-dessus seront actualisés en tant que de besoin, par indexation sur la valeur du droit de tirage spécial du Fonds Monétaire International ».

³⁸ Le décret n° 2006-910 du 19 août 2006 portant application du Code minier précise en son article 426 qu'« *En application des dispositions de l'article 163 nouveau du Code minier, tout différend qui intervient au cours de la durée de la garantie de stabilité entre le titulaire et l'État Malagasy doit être soumis à l'arbitrage conformément aux dispositions des titres I et II du Code de procédure civile Malagasy. Le cas échéant, les règles de l'arbitrage interne en vigueur à Madagascar sont appliquées* ».

³⁹ Article 162 : « *L'investisseur ne peut continuer à bénéficier du régime de stabilité en cas de non-réalisation du plan de financement souscrit* ».

de la stabilité garantie et du consentement de l'État à l'arbitrage ne lie pas pour autant les deux de telle sorte que l'extinction anticipée de la stabilité garantie emporte extinction de la validité du consentement. Ainsi, dans l'hypothèse où l'État constate la non-réalisation des engagements financiers de l'investisseur et le déchoit de la stabilité garantie, la décision de l'État doit pouvoir être contestée devant le tribunal arbitral quand bien même *de facto* l'investisseur ne bénéficie plus du régime de stabilité.

2. L'engagement de l'État inscrit dans les accords pour la promotion et la protection des investissements

Les instruments internationaux constituent également un canal permettant à l'État de formuler une offre d'arbitrage. Au niveau bilatéral, alors qu'il est constaté, chaque année depuis l'an 2000, une raréfaction des traités bilatéraux d'investissement (TBI) signés et ratifiés par les États africains⁴⁰, Madagascar suit une tendance inverse.

Dans la foulée de l'accession à l'indépendance, le pays signe quatre TBI en quatre ans avant de n'en passer aucun pendant près de quatre décennies. Puis, au sortir de la crise sociopolitique de 2002, une accélération s'est opérée avec la signature de plusieurs TBI. À ce jour, onze accords bilatéraux ont été signés, neuf sont à ce jour en vigueur⁴¹, et deux ont été remplacés par des accords plus récents⁴². Les travaux de la CNUCED en 2015 faisaient état de trois traités en cours de négociation⁴³, aucun des trois n'a été signé à ce jour.

Les traités bilatéraux en vigueur appartiennent à un modèle considéré comme déséquilibré⁴⁴. Parmi les facteurs de déséquilibre, deux sont notamment à signaler dans les TBI signés par l'État malgache. D'une part, ils adoptent une définition large de l'investissement sur les actifs, ce qui a pour effet que n'importe quel investissement est protégé. D'autre part, ils contiennent une clause de la

⁴⁰ Selon les données d'Investment Policy Hub, il y a eu 59 traités bilatéraux signés par les États Africains pour l'année 2000, depuis, une constante diminution du nombre de traités signés chaque année est constatée ; en 2019 on en recense 5. « Advanced Search | International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub », disponible sur <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search> (Consulté le 31 mars 2020).

⁴¹ Avec la Suède, signé le 02/04/1966 ; la Norvège, signé le 13/05/1966 ; la France, signé le 25/07/2003 ; Maurice, signé le 06/04/2004 ; l'Union économique belgo-luxembourgeoise, signé le 29/09/2005 ; la Chine, signé le 21/11/2005 ; l'Allemagne, signé le 01/08/2006 ; l'Afrique du Sud, signé le 13 décembre 2006 ; et la Suisse, signé le 19/11/2008.

⁴² Avec l'Allemagne, signé le 21/09/1962 et remplacé par l'accord du 01/08/2006 ; et la Suisse, signé le 17/03/1964 et remplacé par l'accord du 19/11/2008.

⁴³ Avec le Japon, la Thaïlande et le Canada. *Examen de la politique d'investissement, op. cit.*, p. 10. Aucun des trois n'a été signé à ce jour

⁴⁴ H.F. RANJEVA, « L'État dans l'arbitrage d'investissement », *op. cit.*

nation la plus favorisée de laquelle résulte une transitivité des garanties qui ne permet plus à l'État de garder pleinement le contrôle de ses engagements. Par ailleurs, à la différence des nouvelles générations de TBI, les traités en vigueur n'incluent pas les obligations relatives au développement durable et à la responsabilité sociétale des entreprises.

On recense à ce jour quatre mises en œuvre de dispositif arbitral prévu par des TBI. Deux procédures ont été clôturées, une par une transaction⁴⁵ et l'autre par une sentence annulée par les tribunaux français⁴⁶. Ce dernier litige fait actuellement l'objet d'une nouvelle procédure devant le CIRDI⁴⁷. Et une dernière procédure est en cours devant la Cour internationale d'arbitrage de la CCI⁴⁸.

Madagascar est également partie à plusieurs accords économiques multilatéraux contenant des clauses relatives à l'investissement, toutefois, seul l'Investment Agreement For the COMESA Common Investment Area de 2007 comporte un consentement à un règlement des différends avec les investisseurs par voie d'arbitrage. Cependant celui-ci n'est pas encore en vigueur à ce jour⁴⁹. Il faut noter que le Traité du COMESA offre déjà, depuis 1993, des garanties à l'investisseur⁵⁰, mais ne contient pas de consentement à l'arbitrage. En cas de différend entre investisseur et État-hôte concernant l'application du Traité, la compétence relève principalement des juridictions nationales et, exceptionnellement, de la Cour de Justice de la COMESA⁵¹. Le Traité encourage, par ailleurs, à conclure des accords de protection des investissements⁵². Cependant, les garanties apportées par le Traité ne peuvent être invoquées à l'occasion d'un litige devant un tribunal arbitral dont la compétence se fonderait

⁴⁵ Courts (Indian Ocean) Limited and Courts Madagascar S.A.R.L. v. Republic of Madagascar (ICSID Case No. ARB/13/34)

⁴⁶ Civ. 1^{re}, 1 juin 2017, 16-18.029, 16-18.029, *Inédit*, disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr> ; Kristof De Sutter, Peter De Sutter, DS 2 S.A. and Polo Garments Majunga S.A.R.L. v. Republic of Madagascar (I), ICC, 2013.

⁴⁷ Kristof de Sutter, Peter de Sutter and (DS)2, S.A. v. Republic of Madagascar (II) (ICSID Case No. ARB/17/18)

⁴⁸ LTME Mauritius Limited and Madamobil Holdings Mauritius Limited v. Republic of Madagascar (ICSID Case No. ARB/17/28) ;

⁴⁹ Article 28 de l'accord.

⁵⁰ Article 159, notamment sur le traitement de la nation la plus favorisée, le traitement national et ses exceptions, le traitement juste et équitable, le libre transfert de capitaux.

⁵¹ Article 26 « *Toute personne résidant dans un État membre peut demander à la Cour de se prononcer sur la légalité de tout acte, réglementation, directive, ou décision du Conseil ou d'un État membre, si elle estime que cet acte, directive, décision ou réglementation est illégal ou constitue une violation du Traité :*

Étant entendu que lorsque l'affaire est relative à tout acte, réglementation, directive ou décision d'un État membre, la personne ne peut saisir la Cour en vertu du présent article à moins qu'elle n'ait d'abord épuisé toutes les instances des cours et tribunaux nationaux de l'État en question ».

⁵² Article 162

sur un TBI. L'article 34 du Traité dispose qu'« *aucun différend portant sur l'interprétation ou l'application du présent Traité, ou sur toutes questions soumises à la Cour en vertu du présent chapitre, ne peut être soumis à aucune méthode de règlement autre que celles prévues dans le présent Traité* ».

Dans l'attente du nombre suffisant de ratifications pour l'entrée en vigueur de l'*Investment Agreement For the COMESA Common Investment Area*, l'État malgache n'est pas lié, au niveau régional par un engagement valant consentement à une procédure arbitrale investisseur-État. Il faudra également prêter une attention particulière sur le futur Chapitre d'investissement de la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf).

II. Les perspectives d'ajustement de la politique d'investissement

Selon l'exposé des motifs de la loi 2007-036 sur les investissements, « *la République de Madagascar souhaite attirer les investisseurs et faire du secteur privé le moteur principal de son développement* ». Ainsi, la politique mise en place vise à promouvoir l'investissement et stimuler l'accroissement d'afflux de capitaux. Étant considéré comme gage de sécurité, l'arbitrage y occupe un rôle important. Cette politique traduit un effort considérable pour construire un environnement juridique favorable. Après plusieurs années de chantier, nous disposons d'éléments permettant d'évaluer les outils mis en place et d'envisager les pistes d'évolution, tant en ce qui concerne les APPI (A) que les autres voies empruntées par le pays en matière de politique d'investissement (B).

A. Réviser l'approche relative aux APPI

S'agissant des APPI, à la lumière des études relatives aux accords du même type que ceux signés par l'État malgache, une révision de la politique d'investissement s'avère nécessaire sur cet aspect. En effet, d'une part, l'impact économique de tels accords demeure incertain (1) et, d'autre part, les APPI en vigueur présentent d'importants déséquilibres en faveur des investisseurs (2).

1. Un impact incertain

Les espoirs de croissance économique du pays s'adosent, pour une part importante, sur le flux d'IDE. Il a été établi, notamment par le Consensus de Monterrey, que l'investissement direct étranger constitue un « *appoint indispensable aux efforts de développement nationaux et internationaux* » et qu'il est nécessaire de « *créer, aux niveaux national et international, le cadre*

permettant de mieux favoriser l'acheminement de flux d'investissements directs »⁵³.

Pour séduire et rassurer les éventuels investisseurs étrangers, l'État malgache mise, entre autres, sur les TBI. Ces traités prévoient notamment l'arbitrage d'investissement comme un outil à la disposition des investisseurs étrangers, actionnable l'encontre du pays hôte. L'accord de Cotonou consacre d'ailleurs l'idée selon laquelle, pour encourager les investissements, l'arbitrage constitue une des questions essentielles dans les TBI entre les États signataires⁵⁴. La prolifération de ces dispositifs engendre une pratique accrue de l'arbitrage d'investissement dans les affaires internationales. Pour les États, l'objectif de l'établissement d'un tel mécanisme de protection des investissements consiste à rassurer les éventuels investisseurs et, ainsi, de favoriser leur venue.

Cependant, la revue des études sur la matière ne permet pas d'être affirmatif quant à l'existence de lien direct entre le flux d'IDE dans les pays en voie de développement et les APPI⁵⁵. L'impact de ces accords sur le choix du pays hôte de l'investissement n'est pas établi. Selon plusieurs auteurs, les TBI, et les APPI en général, n'influent que peu, sinon pas du tout sur l'afflux des capitaux étrangers⁵⁶. En particulier, pour les pays en développement présentant des faiblesses institutionnelles, il a été établi qu'aucun bénéfice significatif n'était tiré des TBI⁵⁷. En ce qui concerne Madagascar, il a été remarqué que les principaux actionnaires des deux plus grands projets d'investissements à destination de l'île sont dépourvus de protection de tels traités⁵⁸.

⁵³ Financing for Development: Monterrey Consensus of the International Conference on Financing for Development : the Final Text of Agreements and Commitments Adopted at the International Conference on Financing for Development, Monterrey, Mexico, 18-22 March 2002, United Nations Department of Public Information, 2003.

⁵⁴ Accord de Cotonou ACP-UE, 23 juin 2000, art. 15 et 78.

⁵⁵ Pour une étude complète et une revue de la littérature sur la question, UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, « The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries », *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*, 2009.

⁵⁶ M. HALLWARD-DRIEMEIER, *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit And They Could Bite*, World Bank, 1 juin 2003 ; L. SKOVGAARD POULSEN, « The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence », *Yearbook on international investment law and policy*, Oxford University Press, octobre 2010. *sub verbo* « Abstract » « A great number of studies and surveys indicate, however, that the vast majority of multinationals do not appear to take BITs into account when determining where - and how much - to invest abroad ».

⁵⁷ M. HALLWARD-DRIEMEIER, *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit And They Could Bite*, World Bank, 1 juin 2003, p. 22.

⁵⁸ Selon H. F. RANJEVA : « Madagascar offre un bon exemple de l'inefficacité des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements (TBI) en tant qu'outil de promotion, puisque tous les actionnaires des deux plus grands projets d'investissements en sont dépourvus et, malgré cette absence de protection, ils sont venus, ils sont encore bel et bien là ».

Alors que l'impact des APPI sur le flux des IDE reste à démontrer, Madagascar en a conclu un certain nombre dont les effets ne coïncident pas forcément à une politique de promotion des investissements clairement définie⁵⁹. Or, ces accords constituent la principale source de compétence arbitrale sur les PMDP si on se rapporte au nombre de procédures engagées⁶⁰.

2. Un instrument déséquilibré en déclin

À la lumière des dispositifs en place à travers les APPI actuels, il apparaît que Madagascar s'engage sans autre cohérence que celle d'offrir les plus larges garanties aux investisseurs. La démarche est d'autant plus regrettable que les accords en vigueur n'établissent pas de véritables exigences sur la qualité des investissements ou des obligations de l'investisseur.

Dans le rapport entre les États signataires de tels accords, l'État malgache a davantage vocation à se reconnaître comme destinataire d'investissement plutôt que pourvoyeur. Dès lors, il doit accorder une attention accrue aux engagements de l'État hôte ainsi qu'aux types d'investissement auxquels il entend consentir une protection. Il est important qu'il considère scrupuleusement la portée de la responsabilité mise en jeu car ces accords exposent le pays à des procédures coûteuses. Seulement, un auteur estime que l'État malgache « *ne mesure pas la portée de l'engagement pris dans le cadre des traités bilatéraux* »⁶¹ et un autre que les TBI conclus « *ont été établis dans le seul but de créer un événement officiel justifiant une visite de hauts responsables étatiques* »⁶².

Au-delà de la légèreté ainsi alléguée contre l'État dans l'établissement et le respect de ces accords, sur leur contenu même, les TBI souffrent de déséquilibres. La CNUCED relève que « *l'analyse des dispositions des accords internationaux d'investissement conclus par Madagascar, particulièrement des traités bilatéraux, révèle un manque de clarté, notamment dans la définition de l'investissement, le traitement juste et équitable et l'expropriation indirecte, ainsi que l'absence de dispositions protégeant le droit de l'État à régler dans l'objectif d'atteindre les ODD et sur la promotion des investissements durables*

Propos rapportés par J. RAVALOSON, H. RAHARY et L. CHUK HEN SHUN, « Rapport général », in, Antananarivo, Revue Juridique de l'Océan Indien, 2016, spéc. p. 149. Depuis ce constat effectué par l'auteur, l'actionnariat d'Ambatovy, l'un des projets d'investissement en question, a évolué, toutefois, le constat demeure pertinent dans la mesure où les actionnaires actuels ne sont toujours pas couverts par un TBI ou un quelconque autre APPI

⁵⁹ Dans ce sens, H.F. RANJEVA, « L'État dans l'arbitrage d'investissement », *op. cit.*

⁶⁰ Pour Madagascar en particulier, l'ensemble des arbitrages impliquant le pays reposait sur des TBI

⁶¹ R. JAKOBA, « Arbitrage et sécurisation juridique des investissements - L'arbitrage comme moyen de sécurisation des investissements à Madagascar », *op. cit.*, p. 95.

⁶² H.F. RANJEVA, « L'État dans l'arbitrage d'investissement », *op. cit.*, p. 82.

et responsables »⁶³. En substance, ces faiblesses préjudicient à l'État car le manque de clarté amène à une largeur considérable des garanties consenties et du champ des bénéficiaires de la protection.

Ces déséquilibres ne sont pas propres aux accords impliquant l'État malgache, mais sont communs à l'« ancienne génération » d'APPI⁶⁴. Ces anciens accords connaissent désormais un déclin après une controverse autour de l'arbitrage d'investissement. En effet, suite à des sentences arbitrales lourdes, plusieurs États ont dénoncé leurs TBI⁶⁵.

Dans la foulée des critiques opposées aux traités, une nouvelle génération d'accords apparaît. Dans le fond de la protection accordée, ces nouveaux modèles de TBI intègrent, notamment, une meilleure prise en compte des objectifs de développement durable, un maintien du droit de l'État à réglementer, et une définition stricte de l'investissement jouissant de la protection. Sur le plan du droit d'action, certains États ont déclaré ne plus intégrer de consentement à l'arbitrage dans les futurs APPI⁶⁶. Au sein de l'Union Européenne, il a été jugé que la clause d'arbitrage investisseur-État d'un TBI entre deux États membres n'est pas compatible avec le droit de l'Union⁶⁷, et finalement, les États de l'UE se sont accordés pour mettre fin aux TBI entre États membres⁶⁸. Ainsi, un rejet général de l'arbitrage d'investissement tel qu'il est prévu dans l'ancienne génération d'APPI se constate.

Du fait des déséquilibres de ces accords, l'État s'expose et prend un risque considérable en les signant et en y demeurant. Pour Madagascar, afin d'établir un rapport avec les investisseurs présentant davantage d'équilibre, un texte s'inspirant du modèle de TBI de la SADC ou du Code panafricain des investissements constituerait une base coïncidant mieux avec ses intérêts.

⁶³ *Examen de la politique d'investissement, op. cit.*, p. 10.

⁶⁴ [A. KAUSHAL, "Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash against the Foreign Investment Regime", *Harvard International Law Journal* \(2009\) vol. 50, n°2, p. 491-534, p. 491 ; C. LAMM et K. NAGARAJAN, "The Continuing Evolution of Investor-State Arbitration as a Dynamic and Resilient Form of Dispute Settlement", *Indian Journal of Arbitration Law, National Law University* \(2016\) vol. V, n°2, p. 93](#)

⁶⁵ K. NORWOT, « Termination and Renegotiation of International Investment Agreements », in S. HINDELANG et M. KRAJEWSKI (éds.), *Shifting Paradigms In International Investment Law*, 2016. ; Parmi les pays qui ont annoncé une telle démarche : Afrique du Sud, Inde, Bolivie, Venezuela, Équateur,...

⁶⁶ Le premier État faisant une telle déclaration était l'Australie, Department of Foreign Affairs and Trade (DFAT). 2011. "Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity" <http://www.dfat.gov.au/publications/trade/trading-our-way-to-more-jobs-and-prosperity.html#investor-state>

⁶⁷ CJUE, 6 mars 2018, *arrêt Achmea*, aff. C-284/16

⁶⁸ European commission, Agreement for the termination of bilateral investment treaties between the EU Member States, 05 May 2020

L'administration malgache déclare avoir mis au point un nouveau modèle de TBI prenant en compte les critiques formulées à l'encontre de l'ancienne génération de traités⁶⁹. Cependant, comme il sera développé ci-après, en dépit des éventuelles améliorations, la politique d'investissement reposant sur les APPI est fondamentalement inadaptée à l'objectif fixé.

B. Privilégier le développement d'une législation nationale propice aux IDE

Parmi les voies empruntées, celle des APPI nous semble la moins pertinente. Pour offrir un dispositif de sécurisation des investissements, il est préférable, d'une part, d'utiliser la faculté de compromettre des PMDP pour les partenariats public-privé et, d'autre part, d'adopter les dispositions de protection des investissements à travers la législation nationale. Outre les inconvénients des APPI développés plus hauts, plusieurs autres raisons militent en ce sens.

D'abord, au-delà des considérations relatives à l'opportunité économique des investissements, les études montrent que les investisseurs sont plus vraisemblablement sensibles à l'environnement juridique interne de l'État hôte qu'aux instruments internationaux de protection des investissements⁷⁰. Dès lors, à l'inverse de la signature d'APPI, les actions visant à améliorer le climat des affaires au sein du pays ont davantage vocation à accroître l'attractivité du pays en tant qu'hôte d'investissements.

Ensuite, la démarche consistant à stimuler les IDE à travers les TBI est contraignante et peu productive. Elle est contraignante car les traités sont rigides et toute évolution nécessite des négociations entre les États parties. Dès lors, la révision peut se révéler impossible. Elle est peu productive dans la mesure où, si tant est que les investisseurs prennent en compte l'existence de tels accords, l'effet stimulant se limiterait aux seuls investissements provenant de l'autre État signataire.

À l'inverse, les protections introduites à travers la législation nationale s'adressent à tout investisseur sans restriction de nationalité. Le gain d'attractivité est global. Par ailleurs, les dispositions légales peuvent, plus facilement, viser des secteurs particuliers ou des types d'investissements ciblés à l'exemple de la LGIM, du Code minier ou de la loi sur les ZES. À travers l'outil législatif, les

⁶⁹ *Le monde changeant des négociations en matière d'investissements : De la protection bilatérale à... ?*, Nairobi, Forum annuel des négociateurs d'investissement des pays en développement, février 2018, p. 16. ; *Développer un modèle de traité d'investissement : Opportunités et défis*, Série webinaires de l'IISD sur le droit et les politiques d'investissement, ISSD, décembre 2018, disponible sur www.iisd.org

⁷⁰ M. HALLWARD-DRIEMEIER, *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment?*, *op. cit.*, pp. 22-23.

dispositifs de protection des investissements peuvent être modifiés selon les besoins du pays. L'État peut moduler plus aisément ses exigences quant à la qualité de l'investissement auquel il accorde une protection particulière. Et on remarque que, lorsqu'il s'agit des lois sectorielles prévoyant la protection des investissements, une plus grande exigence quant aux obligations des investisseurs se manifeste, et les responsabilités des PMDP sont clairement identifiées.

Les lois ont également le mérite de pouvoir constituer un vecteur de développement des centres alternatifs locaux ou régionaux de règlement des différends. En Afrique, à titre d'exemple, on peut citer la récente modification du Code des investissements de la Côte d'Ivoire qui n'impose plus le CIRDI comme forum d'arbitrage mais ouvre les possibilités en privilégiant l'arbitrage CCJA⁷¹. Cette tendance s'observe dans plusieurs pays du continent⁷². Concernant le droit malgache, on peut souligner l'article 120 de la loi ZES qui, pour la première fois, prévoit la possibilité de régler un différend d'investissement devant, entre autres, le Centre d'Arbitrage et de Médiation de Madagascar (CAMM). Aucun des TBI en vigueur ne prévoit une telle compétence du CAMM.

Conclusion

L'objectif de la politique juridique en matière d'investissement est de construire un environnement sûr pour favoriser les investissements. Cependant, il apparaît aujourd'hui que les APPI contenant une offre d'arbitrage ne constituent pas une voie satisfaisante pour atteindre cette visée compte tenu de leur efficacité incertaine et des contraintes qui en découlent. La voie de la protection des investissements par la législation nationale constitue une alternative mieux adaptée pour stimuler opportunément les investissements. D'autant plus qu'il apparaît que les textes nationaux démontrent une meilleure cohérence. Par ailleurs, à l'inverse des APPI, les textes nationaux peuvent potentiellement améliorer le climat interne des affaires. L'impact sur l'attractivité est plus important.

Il est heureux que, pour insuffler une dynamique économique, les PMDP puissent accéder à l'arbitrage et que les investisseurs jouissent de protection. Toutefois, ni l'introduction d'une offre d'arbitrage dans la législation nationale ni l'élaboration de meilleurs textes en général ne suffisent à asseoir un environnement juridique favorable aux affaires. Le travail normatif n'a de fruits que si une administration efficace et un système de justice robuste permettent l'application

⁷¹ Article 50 du Code des investissements 2018

⁷² Voir, à titre d'exemple, le code des investissements de 2012 du Togo (article 8), le code des investissements de 2012 du Mali (article 29) et le code des investissements de 2015 de la Guinée (article 43), et le code des investissements 2018 du Burkina (article 39)

concrète des dispositifs prévus. En tout état de cause, l'État malgache doit être précautionneux dans ses engagements, au risque de devenir un habitué des procédures d'arbitrage d'investissement.